This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

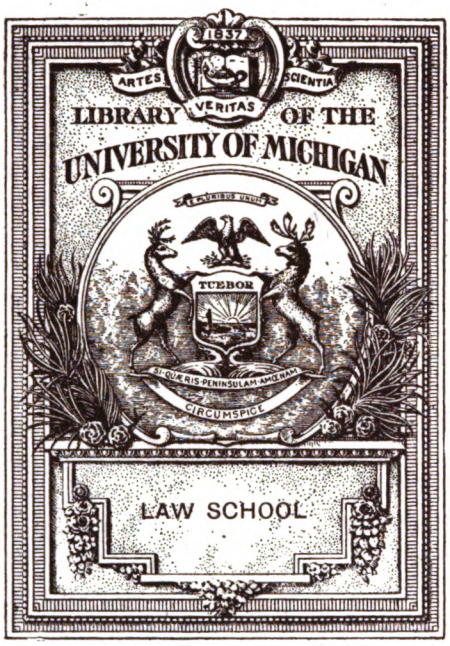
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
c934
Stor
a3837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET Ce, 26, RUE RACINE.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat,
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président à la Cour de cassation,
Sénateur.

CH. GIRAUD
Inspecteur général
des Facultés de droit.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit
de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Serrigny**, doyen de la Faculté de droit de Dijon; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; **Dufour**, **Mimerel**, **Mazeau**, **Hérisson**, **Collet** et **Christophle**, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

4744

TOME XXXI. — 17me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24.

1867

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

REVUE DE JURISPRUDENCE COMMERCIALE,

par M. Rataud,
professeur de droit commercial à la Faculté de droit de Paris.

EXAMEN DE QUELQUES DIFFICULTÉS EN MATIÈRE DE FAILLITE.

La loi des faillites contient un grand nombre de règles spéciales et exorbitantes. Ainsi le jugement déclaratif dessaisit le failli de l'administration de ses biens et fait naître sur ses immeubles, au profit de la masse, une hypothèque générale, qui doit être inscrite par les soins du syndic. Aux droits nés avant la déclaration de faillite, mais pendant l'époque de la cessation des payements, les articles 446 et suivants du Code de commerce appliquent un système rigoureux qui dépasse de beaucoup les rigueurs de l'action Paulienne. Certains actes sont déclarés nuls de droit, les payements de dettes échues peuvent être annulés en cas de fraude et les inscriptions hypothécaires demeurent souvent inefficaces. Enfin les droits des vendeurs de meubles et ceux de la femme du failli subissent des restrictions considérables.

Des difficultés assez graves se sont élevées sur le point de savoir à quelles personnes appartient le droit d'invoquer ces règles spéciales.

On doit, à cet égard, distinguer deux hypothèses :

Première hypothèse : Les créanciers n'ont pas encore été appelés à voter sur le concordat, ou bien ils sont en état d'union, ou enfin ils n'ont accordé au failli qu'un concordat par abandon d'actif.

Digitized by Google

Il y a, dans ces divers cas, un fait commun. C'est que la *masse* subsiste toujours, représentée par le syndic.

Nous croyons qu'alors tout le monde est d'accord sur les propositions suivantes :

a) Les dérogations au droit commun, établies par la loi des faillites, ne peuvent être invoquées par le failli. Ce n'est point dans son intérêt qu'elles ont été créées [1].

b) Elles peuvent être invoquées dans l'intérêt de la masse, par le syndic chargé de représenter celle-ci et d'en exercer tous les droits.

Mais pourraient-elles être invoquées par un créancier, dans un intérêt individuel et qui ne serait pas celui de la masse?

La réponse n'est point douteuse lorsqu'il s'agit de la nullité de droit établie par l'article 446 du Code de commerce. La nullité n'est prononcée que *relativement à la masse*. Le texte est formel. Le tribunal de Marseille (jugement du 3 janvier 1866) et la Cour d'Aix (arrêt du 17 janvier 1866) ont appliqué cette doctrine dans l'espèce suivante : Les vendeurs de marchandises expédiées, mais non arrivées à destination, les revendiquaient en vertu de l'article 576 du Code de commerce, en se fondant sur la faillite de l'acheteur. Mais celui-ci, nanti de la facture et du connaissement signé par le vendeur avait déjà endossé ce dernier titre à l'ordre de l'un de ses créanciers, afin de lui conférer un gage sur la marchandise. Ce gage avait été établi pour une dette antérieure et dans la période de cessation de payement ou des dix jours précédents. Il était, par suite, nul de droit aux termes du dernier paragraphe de l'article 446. Mais il a été jugé que le vendeur ne pouvait invoquer cette disposition, parce qu'il agissait pour rendre efficace la revendication des marchandises, par suite dans un intérêt individuel et tout à fait séparé de celui de la masse [2].

Si les mots : *relativement à la masse* ne sont pas reproduits dans les articles 447 et 448, il faut reconnaître que l'esprit de la loi, la connexion des idées ordonnent de les sous-entendre.

[1] Il y a exception pour les traités particuliers dont la nullité est prononcée par l'article 598 du Code de commerce dans un intérêt d'ordre public.

[2] *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1866, 1, 50 et 67.

Digitized by Google

C'est ce qu'a proclamé la Cour de cassation dans les motifs d'un arrêt du 15 juillet 1857 (Sir.-Dev., 58, 1, 705).

Nous croyons par suite, et quoique à notre connaissance l'hypothèse ne se soit pas encore présentée devant les tribunaux, qu'un créancier hypothécaire valablement inscrit mais primé par des créanciers hypothécaires ou privilégiés qui ne lui permettent pas d'arriver en ordre utile, ne pourrait opposer à ceux-ci la nullité de leurs inscriptions, en se fondant, par exemple, sur ce qu'elles auraient été prises plus de quinzaine après l'acte constitutif de l'hypothèque ou la naissance du privilége. En effet, le débat n'intéresse pas la masse. Quel que soit celui des deux créanciers qui obtienne une collocation utile, l'autre se présentera comme créancier chirographaire dans la masse, et il est indifférent à celle-ci que ce soit l'un plutôt que l'autre qui joue ce rôle.

Doit-il en être autrement lorsqu'il s'agit de la restriction des droits de la femme du failli? Que l'on suppose, par exemple, un immeuble acquis par le failli à titre onéreux postérieurement à son mariage. Cet immeuble vaut 30,000 fr. et il est grevé de deux hypothèques prenant rang dans l'ordre suivant : 1° celle de la femme, créancière de 30,000 francs, et 2° une autre hypothèque, dont la validité, nous le supposons, ne peut être critiquée, au profit d'un créancier du failli, et garantissant une créance de 30,000 francs. Le créancier n'a d'ailleurs pas d'hypothèque sur d'autres immeubles du failli. L'hypothèque de la femme, aux termes de l'article 563 du Code de commerce, ne peut porter sur cet immeuble. Mais dans l'espèce la déchéance prononcée contre elle profiterait exclusivement au créancier hypothécaire qui la suit et la femme se présenterait dans la masse comme créancière de 30,000 francs, tandis que, si l'on respecte son hypothèque, c'est le créancier qui demandera un dividende sur 30,000 francs dans les répartitions chirographaires. La masse n'a donc point d'intérêt dans le débat. Cependant la jurisprudence et les auteurs ont toujours supposé que la déchéance était absolue et pouvait être invoquée par tout intéressé, mais il paraît difficile de justifier cette doctrine. Sans doute, l'article 563 ne proclame pas que la déchéance n'existe contre la femme que *relativement à la masse*, mais l'article 447 n'est pas plus explicite, et nous venons de voir que la

Digitized by Google

Cour de cassation ne fait pas difficulté d'y sous-entendre ces expressions. On comprend difficilement pourquoi la loi des faillites viendrait au secours d'un créancier hypothécaire. Celui-ci n'a-t-il pas cherché, par son hypothèque, à se placer en dehors de la faillite? Et si l'argent par lui prêté avait servi à désintéresser le vendeur de l'immeuble, il aurait vraisemblablement réclamé, au lieu d'une hypothèque, la subrogation au privilége [1].

Dans les diverses hypothèses qui précèdent, il peut certainement paraître bizarre qu'un droit exposé à tomber sous le coup de la loi des faillites échappe à la nullité à cause de la circonstance étrangère de l'existence d'un autre droit, qui enlève à la masse tout intérêt à invoquer la nullité. Aussi a-t-on proposé d'autoriser le syndic à exercer, dans l'intérêt de la masse, le droit frappé de nullité par la loi [2]. Cette solution paraît assez raisonnable en elle-même, mais il est difficile d'en trouver la justification dans la loi. Nous trouvons dans les textes le principe de la *nullité*, mais non celui de la *subrogation* au profit de la masse.

Voici une dernière question dont la solution doit être puisée dans le même ordre d'idées.

Après l'union, un immeuble du failli a été vendu sur la réquisition du syndic. La procédure est celle de la vente des biens de mineurs (572 C. pr.), et toute personne peut faire, dans la quinzaine de l'adjudication, une surenchère d'un dixième. On s'est demandé si, après l'expiration de la quinzaine, le prix est définitivement fixé à l'égard des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble. La Cour de cassation admet l'affirmative, du moins à l'égard des créanciers directs et personnels du failli, parce que la grande publicité de la faillite, les avis donnés aux créanciers, les ont suffisamment avertis et mis en demeure de pourvoir à leurs intérêts (Cassat. 3 août 1864, Sir.-Dev., 64, 1, 381). Dans l'opinion contraire, qui compte encore de très-nombreux partisans, on soutient que

[1] V. en ce sens la remarquable dissertation de M. Labbé (Sir.-Dev., 66, 2. 345).

[2] Telle paraîtrait être l'opinion de la Cour d'Aix, à en juger par les motifs de l'arrêt précité. — M. Labbé (*loc. cit.*) indique aussi cette idée, mais sans la défendre autrement, et en reconnaissant qu'elle n'a pas encore de partisans dans la doctrine.

Digitized by Google

les créanciers hypothécaires conservent le droit de surenchérir aux termes de l'article 2185 du Code Napoléon, et l'on se fonde sur ce que les formes suivies pour arriver à l'adjudication sont celles d'une vente volontaire, sur ce que les créanciers n'ont pas été liés à la procédure par la notification du dépôt du cahier des charges, notification prescrite par l'article 692 du Code de procédure civile dans la procédure de saisie immobilière.

En supposant ce dernier système admis, on a soutenu que ce droit de surenchérir dans les délais de l'article 2185 du Code Napoléon devrait être, par suite, accordé à tous les créanciers de la faillite, si les syndics ont pris l'inscription indiquée par l'article 490 du Code de commerce [1].

On devrait certainement repousser ce système si l'on reconnaissait que l'inscription dont parle l'article 490 du Code de commerce ne suppose pas l'existence d'une hypothèque proprement dite, et n'est qu'une mesure de publicité de la faillite. Mais la jurisprudence, qui avait défendu cette interprétation surtout sous l'empire du Code de 1808, y a tout à fait renoncé aujourd'hui, et avec raison. L'article 517 du Code de commerce, en disant que l'homologation du concordat *conserve* cette hypothèque, en suppose évidemment la préexistence. Ce droit pourrait être utile, même en l'absence d'un concordat, par exemple contre les créanciers et légataires d'une succession échue au failli, qui auraient laissé leur privilége de séparation des patrimoines dégénérer en simple hypothèque (Cass., 29 décembre 1858, Sir.-Dev., 59, 1, 209), et peut-être aussi pour conférer à la masse la qualité d'un tiers ayant acquis un droit sur l'immeuble, au point de vue de la loi du 23 mars 1855.

Mais, tout en reconnaissant que l'inscription prise en vertu de l'article 490 donne à la masse une véritable hypothèque, nous croyons fermement que les créanciers qui la composent ne sauraient s'en prévaloir pour exercer, à l'égard de l'adjudicataire, la surenchère établie par l'article 2185 du Code Napoléon. La raison en est que cette hypothèque ne devient individuelle qu'après le concordat. Dans le cas d'une vente après

[1] M. Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° *Faillite*, n° 1259, 3e édit. — *Contrà* Caen, 29 février 1844, dans le *Journal de procédure* du même auteur, tome 10, p. 124.

Digitized by Google

union, elle reste collective et n'appartient qu'à la masse elle-même. Aussi les noms des créanciers ne sont-ils pas mentionnés dans l'inscription. A qui l'adjudicataire ferait-il les offres à fin de purge?

Deuxième hypothèse : Le failli a été remis par un concordat à la tête de ses affaires.

Dans ce cas, les dispositions spéciales de la loi des faillites pourront-elles encore être invoquées et par qui?

Cette question est à la fois l'une des plus difficiles et des plus importantes que présente l'interprétation du Code de commerce.

Si, avant la formation du concordat, le syndic, agissant au nom de la masse, a fait reconnaître judiciairement ou à l'amiable le droit de celle-ci et si, de plus, cette reconnaissance a été suivie d'une exécution matérielle, par exemple de la restitution des sommes indûment payées, des objets frauduleusement donnés ou vendus, de la radiation des hypothèques nulles, alors le failli reprend son patrimoine dans l'état où il a été ainsi rétabli. Ce n'est pas lui qui a invoqué la nullité, et s'il en profite indirectement, la masse aussi en profite en ce sens qu'elle aura pu stipuler dans le concordat des dividendes plus considérables.

Mais souvent cette exécution matérielle n'aura pas eu lieu au moment du concordat. Elle est même impossible dans certains cas, par exemple lorsqu'il s'agit d'annuler une dette du failli ou de repousser l'hypothèque légale non inscrite de la femme. C'est alors que la difficulté se présente.

Pour soutenir que les nullités et déchéances établies par la loi ne pourront plus être invoquées, on se fonde sur un raisonnement bien simple. Ces règles, dit-on, sont établies au profit de la masse et ne peuvent être invoquées que par le syndic agissant au nom de celle-ci. Or, après le concordat, il n'y a plus de masse, ni de syndicat. Le lien qui unissait les créanciers est rompu.

Cette considération a déterminé la Cour de cassation à refuser au failli concordataire le droit d'invoquer les nullités dont il s'agit (Cass. 30 juillet 1866; Sir.-Dev., 66, 1, 385); mais cette décision a été vivement critiquée, les uns soutenant purement et simplement l'opinion contraire, les autres proposant des distinctions nombreuses (V. la note développée et très-

Digitized by Google

remarquable de M. Alauzet sur l'arrêt du 30 juillet 1866. — V. aussi Colmar, 10 juillet 1866, et en note l'indication des divers systèmes intermédiaires. Sir.-Dev., 1867, 2, 1).

Ceux qui ont ainsi combattu la jurisprudence de la Cour de cassation ont été inspirés par une idée très-pratique. C'est que les actes, les droits frappés de nullité dans l'intérêt de la masse ne doivent nuire à celle-ci ni directement ni indirectement. Or si, après le concordat, la nullité ne peut plus être invoquée, les créanciers devront en tenir compte en n'exigeant du failli que des dividendes moins élevés, ou bien le failli se trouvera dans l'impossibilité d'exécuter les conditions du concordat, et alors on arrivera à une résolution qui fera revivre la masse, avec toutes ses prérogatives. C'est là, dit-on, un résultat très-fâcheux, et qui ne peut être dans l'esprit de la loi. Or la loi, sans doute, n'a pas créé toutes ces règles directement au profit du failli, mais si le failli concordataire peut s'en prévaloir, c'est que la masse a intérêt à ce qu'il en soit ainsi. En lui remettant son patrimoine, on le lui restitue avec tous les droits que la loi y a attachés dans l'intérêt des créanciers. L'action en nullité est cessible comme tout autre droit. Le concordat en contient la cession au profit du failli, qui est chargé de payer les dividendes, et qui doit avoir, pour arriver à ce résultat, les mêmes droits que ceux dont le syndic eût été investi en cas d'union.

Cette manière de raisonner prête à de graves objections,

D'abord, le failli concordataire n'est point du tout dans la même position que le syndic en cas d'union. Le syndic est le représentant des créanciers dont il exerce les droits. Tout ce qu'il retirera du patrimoine du failli, il le distribuera aux créanciers sous forme de dividende dont le montant n'est pas encore fixé. Au contraire, le failli concordataire est rétabli à la tête de ses affaires; il administre son patrimoine en son nom, dans son intérêt personnel, et peut contracter de nouvelles dettes; il représente si peu ses créanciers qu'il est, au contraire, exposé aux actions de ceux-ci dans la limite du concordat. Si, par les opérations de son commerce ou autrement, sa fortune est augmentée, les dividendes qu'il doit à ses créanciers resteront les mêmes, et, en pareil cas, le droit d'invoquer les nullités résultant de la faillite pourrait être exercé par lui dans un intérêt entièrement personnel.

Digitized by Google

S'il nous est difficile de comprendre que le failli invoque les nullités comme mandataires de la masse, peut-on du moins concevoir qu'il le fasse en vertu d'une cession qui lui aurait été consentie par le concordat. Oui, dit-on, si la cession est expresse, et certaines personnes admettent même que la cession peut être tacite et devrait être présumée facilement. Nous croyons qu'il est raisonnable de sous-entendre la cession si elle est possible, mais c'est là ce que nous ne pouvons accorder. Le droit dont il s'agit n'est en effet que l'accessoire des créances qui forment le passif de la faillite. Il constitue donc dans le plus grand nombre des cas une sorte d'action paulienne, un moyen énergique d'assurer le payement. Comment cette garantie accessoire pourrait-elle être détachée des créances qu'elle doit protéger pour faire l'objet d'une cession séparée?

Si cette idée était admise, elle pourrait logiquement conduire fort loin. Aux termes de l'article 443 du Code de commerce, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens. Les actes émanés de lui, les obligations qu'il a pu contracter à partir de cette époque n'ont aucun effet à l'égard de la masse. La règle est bien plus énergique que celle des articles 446 et suivants, car elle ne comporte pas de distinction. Mais il nous semble que l'on s'accorde à dire que si le jugement déclaratif enlève au failli le pouvoir d'obliger son patrimoine, il ne le frappe pas d'interdiction. L'obligation, inefficace à l'égard de la masse, est donc valable à l'égard du failli personnellement; la Cour de Paris a même jugé que ceux qui sont devenus créanciers depuis cette époque n'ayant pu prendre part au vote du concordat, ce traité ne peut leur être opposé (arrêt du 24 avril 1866. — Teulet et Camberlin, *Journal des tribunaux de commerce*, 1867, p. 108). Dans le système que nous combattons, il faudrait repousser ces décisions, car si la masse a pu céder au failli le bénéfice des articles 446 et suivants, pourquoi n'aurait-elle pu lui céder aussi le droit d'invoquer l'article 443? Mais alors quelle sera la position de ceux qui sont ainsi devenus créanciers du failli dans l'intervalle du jugement déclaratif au concordat? Pourront-ils du moins exercer la contrainte par corps contre le failli tant que cette voie d'exécution sera autorisée par nos lois? Mais ils empêcheront probablement ainsi l'exécution du concordat, et d'ailleurs le

Digitized by Google

résultat serait fort singulier. Pourront-ils saisir les biens que le failli acquerrait depuis le concordat? Qui ne voit que cette distinction serait tout à fait impossible en pratique?

Enfin, est-il bien moral de permettre à une personne de venir attaquer elle-même des actes dont elle est l'auteur, qui ne sont pas frappés d'une nullité d'ordre public et auxquels elle a apporté un consentement libre et éclairé? Partant de cette idée, on a voulu distinguer entre les actes émanés du failli, et que celui-ci ne pourrait attaquer, et les bénéfices que la loi établit en droit commun, mais restreint en matière de faillite, tel que l'hypothèque légale de la femme. A l'égard de ces derniers, nous convenons que la considération morale que nous venons d'indiquer n'existe plus, mais les motifs de droit que nous avons développés ne nous paraissent pas permettre une pareille distinction.

On a voulu critiquer la doctrine de la Cour de cassation en soutenant qu'elle amènerait un résultat malheureux, une inégalité entre les créanciers dans l'espèce suivante : Pierre est à la fois créancier et débiteur du failli, mais avant le jugement déclaratif la compensation légale n'avait pu s'opérer parce que l'une des deux créances n'était pas exigible. Après le jugement, la compensation ne put s'opérer entre Pierre et la masse, parce que celle-ci ne doit qu'un dividende non encore liquide. Mais, ajoute-t-on, la Cour de cassation ne pourrait, sans se contredire elle-même, autoriser le failli concordataire à repousser les effets de la compensation, car il s'emparerait ainsi d'un droit établi au profit de la masse. C'est cependant ce qui a été jugé (arrêt du 24 novembre 1841, Sir.-Dev., 42, 1, 80), et nous pensons qu'il n'y a là aucune contradiction. Alors que la loi interdit tout payement, elle ne peut elle-même sous-entendre la compensation qui n'est qu'un payement abrégé. D'ailleurs, il ne s'agit ici d'autre chose que de réserver au failli le bénéfice de son concordat. Or la règle qui interdit les compensations après faillite déclarée et qui repose sur un raisonnement et non sur un texte, diffère des autres en ce qu'elle peut être invoquée par le failli lui-même, par la raison très-simple qu'elle est établie aussi bien en vue du concordat que de l'union. Elle repose, en effet, sur ce motif que la créance contre le failli s'est transformée en un droit à un dividende. Or ceci est vrai, quelle que soit la solution de la faillite.

Digitized by Google

On objecte encore que ceux qui sont menacés par l'action en nullité voteront en faveur du concordat pour se soustraire à cette action et contribueront ainsi à former une majorité qui reposera sur des éléments peu sincères, qui n'aura pas été inspirée par l'intérêt commun. Cette considération ne nous touche pas beaucoup. Si l'acte attaquable est un payement, celui qui a reçu a cessé provisoirement d'être créancier et ne peut voter au concordat avant d'avoir restitué, à moins qu'il n'ait une autre créance, mais alors il ne figurera dans la majorité en somme que pour cette dernière. S'agit-il d'une vente frauduleuse faite par le failli? L'acheteur ne devient pas créancier. D'une hypothèque? Il est bien évident que celui qui l'a reçue ne la sauvera pas en votant en faveur du concordat (art. 508 C. com.). D'ailleurs la nécessité de l'homologation et le droit d'opposition constituent une garantie sérieuse contre la fraude.

Reste la considération la plus grave, celle tirée de ce que l'impossibilité pour le failli de se prévaloir des droits de la masse pourra entraver la formation du concordat, ou en entraîner la résolution. Nous ne méconnaissons pas la portée de cette objection. Cependant il ne faut pas l'exagérer, et il importe de faire les remarques suivantes :

1° Le syndic pourra souvent, avant le concordat, faire disparaître les conséquences de l'acte annulable et opérer le rétablissement matériel du patrimoine du failli ;

2° En ne consentant qu'un concordat par abandon d'actif, les créanciers éviteront l'inconvénient signalé. En vertu de l'article 541 du Code de commerce, complété par la loi du 17 juillet 1856, les biens abandonnés sont placés sous le régime de l'union. Ce concordat laisse subsister la masse, le syndicat, et, par suite, le droit d'invoquer toutes les règles protectrices instituées par la loi (Cassat., 10 février 1864 ; Sir.-Dev., 64, 1, 144). Or rien n'empêche de combiner les règles du concordat ordinaire avec celles du concordat par abandon. Dans la pratique, il s'en faut de beaucoup que les concordats par abandon contiennent toujours libération du failli. Celui-ci promet souvent quelques dividendes en sus des biens abandonnés, quelquefois même un payement intégral à différents termes ;

3° Après un concordat ordinaire, chaque créancier indivi-

Digitized by Google

duellement peut invoquer les règles de l'action Paulienne ordinaire (art. 1167 C. Nap.);

4° Enfin, dans la même circonstance, si le failli ne peut se prévaloir des nullités établies par la loi des faillites, ne pourrait-on du moins accorder ce droit à chacun des créanciers qui ont fait partie de la masse, de sorte que, pour obtenir le dividende promis, chaque créancier individuellement pourrait invoquer, non-seulement l'action Paulienne ordinaire, mais encore toutes les dispositions spéciales en matière de faillite?

L'objection est toujours la même : ces dispositions sont établies au profit de la masse, qui n'existe plus.

La Cour de cassation ne se préoccupe pas de cette objection quand il s'agit de la restriction des droits de la femme du failli (arrêt du 1er décembre 1858, Sir.-Dev., 59, 1, 113), probablement parce que les articles 557 et suiv. ne disent pas expressément que leurs dispositions ne sont établies qu'au profit de la masse. Mais nous avons pensé qu'il faut sous-entendre cette restriction. L'objection reprend d'ailleurs toute sa force en ce qui concerne les nullités des articles 446 et suivants du Code de commerce.

On sait que la jurisprudence tend à admettre que les conséquences attachées par la loi à la cessation des payements, peuvent être invoquées sous forme d'exception, même devant un tribunal civil, avant que le tribunal de commerce ait déclaré la faillite (V. Bordeaux, 6 mai 1848., Sir.-Dev., 49, 2, 609), et par conséquent à un moment où la masse n'existe pas encore. Il ne faut pas s'étonner qu'elle accorde le même droit après le concordat (Aix, 7 août 1856., Sir.-Dev., 58, 1, 705). On peut même dire que si la première solution entraîne la seconde, la proposition inverse ne serait pas vraie. On peut penser, en effet, et telle serait notre opinion, que le tribunal de commerce a compétence exclusive pour constater l'état de faillite, au moins dans le cercle des intérêts privés. Mais en même temps on peut soutenir que lorsque la faillite a été déclarée, que la masse a pris naissance, que les droits créés en sa faveur sont nés, les créanciers qui ont composé cette masse succèdent pour ainsi dire à ses droits, au moment où le concordat vient la dissoudre. L'article 517 le dit formellement pour l'hypothèque établie par l'article 490, et la jurisprudence reconnaît à chaque créancier le droit de demander la résolution

Digitized by Google

du concordat, bien qu'individuellement il n'ait pas été partie à ce traité. C'est là, du reste, un point fort délicat, sur lequel il n'existe pas encore de jurisprudence bien établie. Dans ce système, le concours des créanciers antérieurs au jugement déclaratif, de ceux devenus tels entre le jugement déclaratif et le concordat, et enfin de ceux envers lesquels le failli s'est obligé depuis le concordat, pourrait donner lieu à de sérieuses difficultés, car si les premiers excluent les seconds (art. 443 C. com.), ils doivent en général subir le concours des troisièmes (art. 825 C. com.), et ceux-ci, à leur tour, ne sont pas préférables aux seconds. Quel que soit le système adopté, la difficulté se présenterait toujours en cas de résolution du concordat. L'examen de cette question nous entraînerait trop loin. Elle n'est pas d'ailleurs spéciale à la matière des faillites, elle se présente dans des termes à peu près semblables sur d'autres articles de nos Codes, notamment sur l'art. 1690 du Code Napoléon.

En résumé, nous repoussons, avec la Cour de cassation, le système qui permet au failli concordataire d'exercer les droits créés au profit de la masse, mais nous repoussons encore plus énergiquement les systèmes intermédiaires qui veulent introduire des distinctions. Nous avons déjà parlé de celui qui recherche si le concordat contient une cession expresse ou au moins tacite des droits en question (Colmar, 10 juillet 1866, Sir.-Dev., 67, 2, 1), de celui qui veut distinguer entre les actes dont le failli est l'auteur, et les bénéfices que la loi crée elle-même, mais restreint en cas de faillite. Nous en dirons autant d'une dernière opinion soutenue par le tribunal de commerce de Marseille (jugement du 11 mars 1861), mais rejeté par la Cour d'Aix (Journ. de Marseille, 1864, 1, 320), et d'après laquelle il faudrait distinguer si avant le concordat il est intervenu ou non un jugement prononçant la nullité sur la demande du syndic. Ce jugement est intervenu au profit de la masse, et le motif qui fait refuser au failli le droit d'intenter l'action doit logiquement leur faire refuser celui de se prévaloir du jugement. RATAUD.

Digitized by Google

DE LA PROPRIÉTÉ DES PETITS COURS D'EAU,

Par M. J. Latreille, juge de paix à Castres (Tarn).

(*Suite et fin* [1].)

§ 3. — *Distinction entre le lit et l'eau courante.*

SOMMAIRE.

18. Éléments de cette distinction.
19. Arrêts qui déclarent publique l'eau courante des ruisseaux.
20. Arrêts qui déclarent le lit des ruisseaux propriété des riverains
21. Dispositions semblables dans le droit romain.
22. Cette distinction ne s'applique pas aux rivières.
23. Objection de MM. Championnière et Demolombe.
24. Le droit romain distinguait entre le lit et l'eau des rivières.
25. Dans notre droit, il ne peut en être de même.
26. Résumé.
27. Code rural. — Conclusion.

18. Si la jurisprudence est à peu près unanime, ainsi que nous venons de le dire, pour déclarer que, sur le fonds où naît la source, l'eau jaillissante appartient en pleine propriété, comme son lit, au propriétaire du fonds, elle paraît, en retour, un peu confuse sur les questions qui se rapportent aux droits des riverains inférieurs. Il n'est pas impossible, néanmoins, de dégager des détails et des circonstances particulières à chaque cause les principes essentiels qui ont servi de règle aux tribunaux.

19. De ces principes, le plus important est celui qui déclare commune l'eau courante, abstraction faite du lit sur lequel elle coule.

L'arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 1854, que nous avons cité, et qui formule en des termes si précis et si énergiques les droits du fonds sur lequel naît la source, nous a déjà appris que les eaux sortant de ce fonds sont abandonnées à la communauté irrigative, et prennent le caractère d'eaux publiques. Elles échappent donc à la propriété privée, et sont l'a-

[1] Voy. ci-dessus, p. 489.

Digitized by Google

panage d'une sorte de communauté, comme le dit la Cour suprême, formée de tous les riverains ayant, d'après la loi, droit d'y puiser et de s'en servir pour leurs irrigations ou leurs besoins. On ne peut leur donner un propriétaire : elles sont communes, publiques ; elles n'ont pas de maître. Les fonds qu'elles longent ou qu'elles traversent ont sur elles des droits d'usage limités et déterminés ; mais ces droits ne constituent d'aucune manière une propriété.

La Cour de cassation a souvent proclamé ce principe, et il nous suffira de citer les deux arrêts du 4 décembre et du 17 décembre 1861, qui décident très-formellement que l'eau courante des ruisseaux est chose commune, que l'un des riverains ne peut rien faire qui nuise au droit d'irrigation de ses inférieurs, qu'il ne peut absorber toute l'eau à son profit, etc., etc.

« Attendu, dit le premier de ces arrêts, que l'eau courante « est au nombre des choses communes ; que, quand elle n'est « pas une dépendance du domaine public, tous les riverains y « ont droit pour l'irrigation de leurs propriétés, etc., etc. ;

« Attendu, dit le second, que l'eau courante est chose com- « mune entre ceux dont elle longe ou traverse l'héritage ; » etc.

La Cour de cassation, au reste, en avait décidé ainsi dès le 4 avril 1807.

20. Mais en même temps que la jurisprudence déclarait commune l'eau courante, elle attribuait à chaque riverain la propriété exclusive du lit au droit de son champ.

Tous les arrêts, en effet, qui ont été rendus sur cette matière, d'accord avec la loi, reconnaissent que c'est à titre de servitude que les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux du fonds supérieur. Or il n'y a servitude pour les inférieurs qu'autant qu'ils sont propriétaires du sol sur lequel la servitude s'exerce. Si ce sol ne leur appartient pas, il n'y a pas de servitude. Si le champ finit où le ruisseau commence, le champ ne reçoit pas l'eau, et il n'est pas exact de dire que les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux du fonds supérieur. Du moment donc qu'il y a servitude, il y a propriété du lit.

Non-seulement les décisions judiciaires constatent qu'il y a servitude, mais encore elles tirent de ce principe toutes les conséquences qu'il comporte.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1819,

Digitized by Google

et un autre de la Cour de Bordeaux du 17 juillet 1850, déclarent que le propriétaire inférieur ne peut exécuter aucun ouvrage qui soit de nature à faire refluer l'eau vers la source et à gêner l'exercice de la servitude.

Un autre arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1857, veut que, de son côté, le propriétaire de la source ne puisse aggraver la servitude, en altérant ou en corrompant les eaux, au préjudice des inférieurs.

Le 4 juillet 1860, la Cour de cassation a eu à se prononcer dans une espèce particulière qui met tout à fait en relief cette vérité que le lit des ruisseaux appartient aux riverains.

L'eau venant d'une source traversait un étang appartenant à un propriétaire inférieur. Le lit du cours d'eau n'occupait pas, au travers de cet étang, un emplacement déterminé : l'eau entrait à une extrémité et sortait à l'autre, sans suivre un *locus per longitudinem depressus*, comme disait la loi romaine. La servitude n'en existait pas moins, bien qu'il fût impossible de dire sur quel point précis elle s'exerçait.

Le propriétaire de l'étang voulut le mettre en culture : il fut jugé qu'il ne le pouvait qu'en prenant les mesures nécessaires pour ne pas gêner le libre écoulement des eaux. La servitude dut donc s'exercer désormais sur un point déterminé du terrain qui avait remplacé l'étang ; et le propriétaire, qui avait eu la liberté de choisir l'emplacement du lit dans l'étendue de son fonds, ne put en perdre la propriété.

N'est-il pas, au reste, de principe que le propriétaire des deux rives peut changer le lit du ruisseau dans le parcours de sa propriété, à la seule condition de ne nuire ni aux supérieurs ni aux inférieurs?

On ne saurait donc contester sérieusement aux riverains la propriété du lit des ruisseaux qui coulent chez eux à titre de servitude ; et dès lors la distinction entre le lit et l'eau courante devient nécessaire par suite de la différence des droits auxquels la loi les soumet.

21. Les Romains distinguaient-ils, comme nous, l'eau du lit, et plaçaient-ils dans des mains différentes la propriété de ces deux éléments du cours d'eau ?

La question nous paraît résolue de la manière la plus claire par les textes.

Digitized by Google

D'un côté, la loi 2 du Digeste, *De divisione rerum*, déclare que l'eau courante est chose commune : *Naturali jure communia sunt aer, aqua profluens et mare.*

D'un autre côté, la loi 1, § 2, *De rivis*, que nous avons déjà citée, nous dit : *Rivus est locus per longitudinem depressus quo aqua decurrat.*

Le lit ne saurait être mieux distingué de l'eau courante.

Le lit, c'est une longue bande de terrain déprimé destiné à donner passage à une eau courante.

Le *rivus* naturel, ou le lit, est une propriété privée ; l'eau courante est chose commune.

Nombre de textes pourraient être invoqués à l'appui de cette interprétation. Bornons-nous à rappeler qu'au sujet de l'*actio finium regundorum* le droit romain établissait qu'il y avait lieu à délimitation lorsqu'un *rivus* séparait deux propriétés, mais non quand un *flumen* coulait entre elles : *Si flumen vel via publica intervenit, confinium non intelligitur, et ideo finium regundorum agi non potest, quia magis in confinio meo via publica vel flumen sit quam ager vicini. Sed si rivus privatus intervenit, finium regundorum agi potest* (D., liv. X, tit Ier, L. 4, 5 et 6, *Finium repundorum*).

Ainsi, quand deux propriétés étaient séparées par un *flumen publicum* qui ne dépendait ni de l'une ni de l'autre, l'action *finium regundorum* ne pouvait être exercée parce que, dit le texte, le véritable voisin, en ce cas, c'était le *flumen*, et non le champ situé au delà. Quand, au contraire, les propriétés n'étaient séparées que par un *rivus*, ce *rivus* étant une propriété privée, et formant une dépendance des champs qui le bordaient, il était vrai de dire que les deux propriétés se touchaient, et qu'il y avait lieu à l'action *finium regundorum.*

22. Mais ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux ruisseaux. Or ici se présente une question de la plus haute importance : la distinction entre l'eau courante et le lit existe-t-elle pour les rivières non navigables ni flottables, comme elle existe pour les ruisseaux coulant à titre de servitude sur les fonds inférieurs, qui n'ont aucun droit acquis de propriété sur les eaux de la source ?

Non. La jurisprudence considère les rivières non navigables comme un tout non divisé par la loi, et déclare que le législateur les a laissées *res nullius*, et ne les a attribuées à personne.

Digitized by Google

Plusieurs arrêts en ont décidé ainsi, notamment celui de la Cour de cassation du 10 juin 1846.

« Attendu, dit cet arrêt, qu'un cours d'eau se compose es-
« sentiellement et de ses eaux, et du lit sur lequel elles s'é-
« coulent; que les eaux et leurs lits forment, par leur réunion,
« et tant qu'elle subsiste, une seule et même nature de bien, et
« doivent à moins d'une volonté contraire exprimée formelle-
« ment par la loi, être régies par des dispositions identiques;

« Attendu que l'article 644 du Code confère à celui dont la
« propriété borde un cours d'eau non navigable ni flottable le
« droit de se servir de l'eau à son passage pour l'irrigation de
« ses propriétés, et à ceux dont cette eau traverse l'héritage,
« le droit d'en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, à la
« charge de la rendre, à la sortie de leur fonds, à son cours
« ordinaire;

« Attendu que ces droits d'usage, spécifiés et limités, sont
« exclusifs du droit à la propriété des cours d'eau;

« Attendu que, d'après l'article 563 du même Code, lors-
« qu'une rivière même non navigable ni flottable se forme un
« nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriété-
« taires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre
« d'indemnité, l'ancien lit abandonné; que cette attribution
« faite par la loi démontre qu'elle ne considère pas l'ancien
« lit abandonné comme appartenant aux propriétaires rive-
« rains de cet ancien lit;

« Attendu que les cours d'eau non navigables ni flottables
« n'appartenant point aux propriétaires riverains, d'après les
« dispositions ci-dessus, ils rentrent dans la classe des choses
« qui, aux termes de l'article 714 du Code civil, n'appartien-
« nent à personne, dont l'usage est commun à tous, et dont la
« jouissance est réglée par des lois de police;

« Attendu qu'à la vérité les choses auxquelles s'applique
« l'article 714 sont distinctes des biens qui, d'après l'article
« 713, n'ayant pas de maître, appartiennent à l'État; mais
« qu'il suffit que la loi refuse aux propriétaires riverains la pro-
« priété des cours d'eau non navigables ni flottables, pour qu'il
« n'y ait pas lieu de leur accorder une indemnité à raison de
« l'occupation du lit formant partie intégrante de ces cours
« d'eau; » etc., etc.

Il s'agissait, dans l'espèce, d'une indemnité demandée par un

Digitized by Google

riverain à raison de l'occupation, par la compagnie du canal de jonction de la Sambre à l'Oise, d'une partie du lit de la rivière d'Étreux. C'est ce qui explique pourquoi la Cour n'examina la question que sous l'une de ses faces, et s'appliqua à combattre principalement la doctrine qui attribue les rivières non navigables ni flottables aux riverains, sans s'occuper beaucoup de celle qui les attribue à l'État. Il suffisait, en effet, d'établir qu'elles n'appartiennent pas aux riverains pour que la demande d'indemnité fût mal fondée.

Cette dernière doctrine est, néanmoins, implicitement condamnée par l'arrêt, puisque la Cour déclare que les rivières non navigables ni flottables n'appartiennent à personne.

Le premier considérant a une importance que l'on ne saurait méconnaître. L'eau et le lit forment, par leur réunion, la rivière. Ces deux éléments peuvent être régis par des dispositions différentes, lorsque la loi s'explique formellement à cet égard, comme elle l'a fait pour les ruisseaux frappant d'une servitude les fonds inférieurs ; mais ils forment un tout indivisible lorsque la loi ne les a pas séparés, et les a, au contraire, réunis sous la dénomination de rivière et de cours d'eau. Il n'y a donc pas à distinguer ici entre l'eau et le lit.

Et comme confirmation de ce principe, quant à l'espèce, la Cour déclare que la loi refuse en même temps aux riverains la propriété de l'eau et la propriété du lit : la propriété de l'eau, en ne leur attribuant, à cet égard, que des droits limités et spécifiés, exclusifs de toute idée de propriété; la propriété du lit, en attribuant l'ancien aux propriétaires dépossédés du nouveau, au cas de changement.

Quant à l'État, implique l'arrêt, il ne saurait non plus être considéré comme propriétaire des cours d'eau non navigables ni flottables, puisqu'il n'y a aucune disposition formelle de la loi à cet égard, et que d'ailleurs ces cours d'eau ne sont pas compris dans la catégorie des biens qui, n'ayant pas de maître, appartiennent à l'État.

La Cour de cassation a persévéré dans cette jurisprudence, et, le 8 mars 1865, cassant un arrêt de la Cour de Paris, qui avait reconnu à un riverain le droit de placer des chaînes en travers d'une rivière non navigable ni flottable, dans le but d'empêcher la circulation en bateau, elle a déclaré de nouveau que ces sortes de cours d'eau rentrent dans la classe des

Digitized by Google

choses qui n'appartiennent à personne, et dont l'usage est commun à tous, sauf le règlement, par les lois de police, du mode de leur jouissance; que, dès lors, il n'est permis à personne de les clore en vertu du droit que l'on a de clore une propriété privée, et que rien dans la loi n'interdit la circulation en bateau, qui n'attente nullement aux droits des riverains, ce qui implique que les riverains ne sont pas plus propriétaires du lit que de l'eau courante, et qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre ces deux éléments du cours d'eau.

La question est donc souverainement et définitivement jugée par la Cour suprême, et si, de ses arrêts, nous descendons à ceux des Cours impériales, nous constaterons qu'elles tendent à se rallier à cette jurisprudence.

A la vérité, il y a eu des hésitations, des divergences; mais les deux principales doctrines en présence, celle qui veut attribuer les rivières au domaine public et celle qui veut, au contraire, les attribuer aux riverains, se sont contentées de se détruire mutuellement, sans séparer jamais le lit de l'eau courante.

Ceux qui voulaient attribuer au domaine public la propriété des rivières non navigables croyaient avoir tout dit, quand ils avaient démontré qu'elles n'appartenaient pas aux riverains. De leur côté, ceux qui voulaient les placer dans les mains des tenanciers se bornaient à peu près à prouver qu'elles n'appartenaient pas au domaine public.

De part et d'autre, la preuve était facile, car les deux propositions sont également vraies : les rivières non navigables n'appartiennent ni aux riverains ni au domaine public; et quand on voulait sortir de cette démonstration négative, on n'avait rien de sérieux à alléguer à l'appui de l'une ou de l'autre thèse.

Deux arrêts, entre bien d'autres, vont nous en fournir la preuve.

Le 18 janvier 1843, la Cour d'Amiens décida de la manière suivante que les rivières non navigables ni flottables appartiennent aux riverains :

« Considérant que si, sous l'empire du droit romain, toutes « les rivières, navigables ou non, étaient dans le domaine pu- « blic, il n'en était pas de même sous l'ancien droit français;

« Que l'abolition de la féodalité, en faisant cesser le droit

Digitized by Google

« des seigneurs, l'a laissé aux riverains, et ne l'a point trans-
« porté au roi ou aux communes;

« Que la loi du 22 décembre 1789, qui range les rivières au
« nombre des choses communes dont la conservation est at-
« tribuée aux assemblées administratives, n'est point attri-
« butive d'un droit de propriété;

« Que l'article 538 ne range dans le domaine public que les
« rivières navigables et flottables; qu'il a étendu la disposi-
« tion de l'ordonnance de 1669, qui ne déclare du domaine
« public que les rivières portant bateaux, ce qui ajoute une
« grande force à l'argument tiré du silence de cet article sur
« les rivières non navigables ni flottables;

« Que l'article 644 donne à celui dont la propriété borde une
« eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance
« du domaine public, des droits inconciliables avec la pro-
« priété publique;

« Que le même article et l'article 641 accordent virtuelle-
« ment à celui dont la propriété est traversée par un cours
« d'eau, la faculté d'en changer la direction, ce qui est ex-
« clusif d'un droit de propriété au profit de l'État;

« Que l'article 561 attribue les îlots et atterrissements aux
« riverains;

« Que l'article 563 ne justifie pas la propriété de l'État; que
« si cet article accorde le lit abandonné aux propriétaires du
« lit envahi, c'est par une disposition toute d'équité, qui fait
« exception aux règles en matière d'accession;

« Que si la loi du 3 frimaire an VII déclare le lit des rivières
« non cotisable, c'est qu'il n'est susceptible de produire
« aucun revenu appréciable;

« Que si, aux termes du décret du 22 janvier 1808 et de la
« loi du 15 avril 1829, il n'est point accordé d'indemnité aux
« riverains quand une rivière devient navigable, si ce n'est
« pour le chemin de halage et le droit de pêche, c'est parce
« qu'il ne leur est porté aucun dommage par la privation du
« lit; infirme, etc., etc. »

Cet arrêt démontre que les rivières non navigables ni flottables n'appartiennent pas au domaine public; mais prouve-t-il aussi bien qu'elles soient la propriété des riverains?

L'attribution des îles et du droit de pêche aux tenanciers est la seule raison que la Cour d'Amiens invoque dans ce but;

Digitized by Google

or, outre que le droit romain portait une semblable attribution pour les *flumina publica*, il faut bien reconnaître que le droit de propriété des riverains ne s'implique pas nécessairement de cette attribution, et que la doctrine de la Cour de cassation s'en accommode aussi bien que celle de la Cour d'Amiens, tandis que la propriété de l'État se trouve seule écartée.

Nous ne parlons pas de la prétention de faire passer les rivières des mains des seigneurs dans celles des tenanciers; la Cour de Douai va en faire justice.

Dans un arrêt du 18 décembre 1845, en effet, cette Cour a cherché à justifier le droit du domaine public par les motifs dont le résumé suit :

« Attendu que la propriété est le droit de jouir et de dis-
« poser des choses de la manière la plus absolue; que l'eau
« courante ne peut tomber sous l'application d'un droit aussi
« absolu; que, par sa nature, elle est en dehors de toute ap-
« propriation privée; qu'il en est de même du lit qui la con-
« tient; que les cours d'eau ainsi formés sont, au contraire,
« sinon une chose commune dans la signification la plus éten-
« due de ce mot, du moins une chose du domaine public, dont
« l'usage appartient à tous; que c'est par application de ces
« principes que les fleuves et les rivières navigables et flotta-
« bles sont placés au rang des choses qui dépendent du do-
« maine public; qu'il n'en peut être autrement des rivières non
« navigables dont la nature est la même, et qui ne diffèrent de
« ces grands cours d'eau que parce que leur volume est moins
« considérable; que ces rivières ne sont donc pas et ne peu-
« vent même pas être la propriété des riverains;

« Attendu qu'il est maintenant reconnu que ce droit ne leur
« appartenait pas avant l'abolition de la féodalité; qu'alors
« les rivières non navigables appartenaient aux seigneurs
« hauts justiciers; qu'elles leur étaient attribuées, non à titre
« de propriété privée, mais comme une délibation du domaine
« public, parce que sur son territoire, le haut justicier était
« dépositaire d'une partie de la puissance publique, et que
« l'effet de l'abolition de la féodalité a été de saisir la nation
« des droits des anciens seigneurs, surtout de ceux qui n'é-
« taient qu'une émanation du domaine public;

« Attendu que le Code civil n'a, pas plus que le droit qui l'a
« précédé, transféré aux riverains la propriété des rivières

Digitized by Google

« dont s'agit; qu'à raison de son importance, une telle aliéna-
« tion devrait reposer sur un texte exprès et formel; que ce
« texte n'existe pas, et que cette aliénation ne résulte d'aucune
« des dispositions dont on voudrait l'induire; que l'énuméra-
« tion qui, dans la première partie de l'article 538, comprend
« les fleuves et les rivières navigables et flottables, n'a rien
« d'exclusif et de limitatif; que le silence gardé sur les rivières
« non navigables ne peut tirer à conséquence, et que ce serait
« forcer le sens et la portée de cette disposition que d'en in-
« duire, au profit des riverains, l'abandon d'un droit qui, jus-
« que-là, par sa nature même et par la force des principes,
« faisait essentiellement partie du domaine public;

« Attendu qu'il résulte de la discussion qui a précédé l'a-
« doption de l'article 561, que l'attribution faite aux riverains
« des îles et atterrissements a eu lieu, non à titre d'accession,
« mais comme indemnité des inconvénients résultant du voi-
« sinage, et aussi à cause du peu d'importance de ces accrues;
« que c'est également à titre d'indemnité que le droit de pêche
« leur a été accordé par la loi du 15 avril 1829, et qu'il a été
« d'ailleurs entendu, lors de la discussion de cette loi, que la
« concession était faite sans rien préjuger sur la question de
« propriété;

« Attendu que l'article 644, qui autorise le riverain à se
« servir de l'eau, exclut l'idée que le cours d'eau soit la
« propriété du riverain; que l'article 563 fournit une preuve
« plus concluante encore quand il attribue l'ancien lit aux
« propriétaires des fonds nouvellement occupés; que cette
« disposition, inconciliable avec l'existence d'un droit de pro-
« priété appartenant aux riverains, est, au contraire, en har-
« monie parfaite avec les principes qui font des rivières non
« navigables une dépendance du domaine public; que c'est,
« dès lors, sans fondement, etc., etc. »

On ne saurait démontrer d'une manière plus irrésistible que les rivières dont nous nous occupons n'appartiennent pas aux riverains. Mais l'arrêt ne prouve pas que la loi les ait déclarées dépendances du domaine public, et son argumentation *a contrario* est sans valeur pour sa thèse, car elle profite aussi bien à la doctrine préférée par la Cour de cassation.

Ce qui est toutefois remarquable, au point de vue de nos distinctions, c'est que l'on ne sépare jamais le lit de l'eau cou-

Digitized by Google

rante, et que l'on déclare, au contraire, que le lit qui contient l'eau courante est comme elle en dehors de toute appropriation privée.

En résumé donc, la jurisprudence, après avoir établi que les rivières non navigables ni flottables n'appartiennent, dans notre législation, ni aux riverains ni au domaine public, les a déclarées *res nullius* dans le sens de l'article 714 du Code Napoléon ; mais elle a toujours considéré ces rivières comme un tout légalement indivisible, et n'a jamais admis une distinction entre le lit et l'eau courante.

23. Une objection a été faite à cette doctrine de l'indivisibilité légale de la rivière enseignée par la Cour de cassation, et on a demandé si le lit pouvait être rangé sur la même ligne que l'eau courante, alors qu'il ne serait pas possible de refuser aux riverains la propriété et le partage de ce lit, dans le cas où l'eau cesserait de couler sans se creuser un lit nouveau.

Il peut arriver, en effet, qu'une rivière soit détournée pour alimenter un canal navigable, ou les fontaines d'une ville. Dans ce cas, si le lit abandonné appartient de droit aux riverains, en l'absence même d'une disposition formelle de la loi, comme M. Demolombe le reconnaît après M. Championnière, ne sera-t-il pas vrai de dire que les riverains ont un droit, au moins éventuel, à la propriété du lit; que, dès lors, ce lit n'est pas à leur égard dans une situation identique à celle de l'eau courante, et que, par suite, on peut puiser dans cette différence une raison de distinguer entre le lit et l'eau des rivières?

Nous ne le pensons pas, et il nous semble que M. Demolombe a trop facilement cédé à l'influence des lois romaines.

« Le lit desséché, dit le savant professeur, doit être attribué « aux riverains, car, d'une part, le Code leur attribue tous les « atterrissements, et, après tout, le desséchement du lit est un « atterrissement en grand; et, d'autre part, cette solution, « très-conforme à la raison et à l'esprit du législateur, ne ren- « contre aucune objection, ni dans le pouvoir réglementaire, « désormais désintéressé, puisqu'il n'y a plus de rivière, ni « dans le caractère de chose commune, qui a, par le même « motif, cessé d'exister. » (*De la propriété*, n° 153.)

Il ne nous paraît pas possible, d'abord, de considérer le desséchement comme un atterrissement en grand.

Lorsqu'il y a alluvion, ou formation d'île, les riverains peu-

Digitized by Google

vent, sans inconvénient, prendre possession du terrain nouveau, parce que la rivière demeure intacte, qu'elle conserve toujours son lit sur un point ou sur un autre, et qu'il ne s'agit que de la réalisation des chances de bénéfices ou de pertes que la nature et la loi imposent aux riverains, sans aucun détriment pour le cours d'eau utile et commun à tous. Mais s'il y avait desséchement, il n'en serait plus de même; tous les tenanciers bénéficieraient, sans chances de pertes, au détriment du cours d'eau.

En outre, les atterrissements, les îles, s'acquièrent par accession naturelle; en pourrait-il être de même du lit de la rivière? Pourrait-on dire qu'il y a accession? Le lit, immeuble ancien coexistant avec les fonds riverains qui lui sont étrangers, n'est pas dans la même situation qu'un immeuble nouveau qui vient se former insensiblement sur les fonds riverains, et faire corps avec eux, sans avoir eu une existence indépendante. Les atterrissements, n'appartenant antérieurement à personne, puisqu'ils n'existaient pas, ont pu être attribués aux riverains par une disposition de la loi, afin de laisser les bénéfices à ceux qui supportent les pertes; mais le lit de la rivière ne pourrait passer aux mains des tenanciers sans changer de maître, et rien dans la loi ne justifie ce changement au profit des riverains.

Si, d'ailleurs, il y avait, dans ce cas, accession, droit acquis aux tenanciers, pourquoi la loi leur enlèverait-elle ce droit, au cas de déplacement de la rivière, pour attribuer l'ancien lit à ceux qui ont fourni le nouveau?

Il nous semblerait plus conforme à la loi et à la nature des choses de ranger le lit desséché, et non remplacé par un autre, parmi les biens vacants et sans maître dont parle l'article 713 du Code Napoléon, et qui appartiennent à l'État. C'est ainsi, au reste, que l'entend l'administration, qui fit vendre, au profit du trésor, sans opposition des riverains, l'ancien lit de l'Armançon, dont les eaux avaient été détournées pour alimenter le canal de Bourgogne. Dans une autre circonstance encore, l'administration abandonna à la société de desséchement des marais de Bourgoing l'ancien lit de plusieurs petites rivières desséchées par suite de l'encaissement de leur cours principal.

Tant que le lit est couvert par l'eau courante, il n'est pas

Digitized by Google

susceptible de propriété utile, et la loi a cru ne devoir l'attribuer à personne. Le lit demeure, comme l'eau, chose commune. Mais quand l'eau a disparu, quand le lit a perdu son emploi, il ne conserve plus les caractères des choses communes, et, changeant de nature, pour ainsi dire, en changeant de destination, il devient propriété vacante, c'est-à-dire propriété de l'État aux termes de l'article 713 du Code Napoléon.

L'administration pourrait-elle, d'ailleurs, s'accommoder de la doctrine qui attribuerait aux riverains la propriété du lit desséché? Faudrait-il qu'elle créât, par expropriation, un nouveau lit, si, modifiant ces projets, elle voulait rétablir les choses dans le premier état?

Les tenanciers n'ont donc pas plus de droit à la propriété du lit qu'à la propriété de l'eau courante. Le Code ne leur accorde taxativement que les atterrissements de toute nature qui se forment sans que le cours d'eau soit atteint dans son intégrité, et a si peu entendu leur reconnaître des droits de propriété sur le lit, qu'il en a disposé dans un cas au profit des propriétaires dépossédés du lit nouveau.

Une distinction entre le lit et l'eau courante n'est, dès lors, pas possible, au point de vue des droits des riverains.

24. Le droit romain avait, à cet égard, des principes qui ne sont pas passés dans notre législation.

L'eau courante était commune : par suite, les accessoires qu'elle employait passaient comme elle au service du public; l'*alveus* devait ainsi son caractère de chose publique au fait seul de la superposition de l'eau, et ne conservait, en conséquence, ce caractère qu'autant qu'il demeurait employé au même usage. S'il venait à cesser, pour une cause quelconque, de remplir son office public, il reprenait le caractère privé que l'eau seule lui avait enlevé : de là, l'attribution aux riverains, dans tous les cas, des atterrissements et du lit desséché.

Le droit romain distinguait même entre l'*alveus* et les deux rives, *ripæ*. L'*alveus* était le plafond; les *ripæ* étaient les côtés inclinés qui contiennent l'eau : *ripa ita rectè definietur : id quod flumen continet, naturalem rigorem cursûs sui tenens.* (Liv. XLIII, tit. 12, col. 3.)

L'*alveus* et les *ripæ* étaient soumis à des droits différents, à raison de ce que l'*alveus* n'était susceptible d'aucun acte de propriété, tandis que les *ripæ* pouvaient faire l'objet d'une

Digitized by Google

possession. *L'alveus* était pleinement public comme l'eau courante; les *ripæ*, au contraire, faisaient partie des héritages voisins, mais elles étaient soumises à l'usage du public.

Il était donc nécessaire de distinguer, en droit romain, entre le lit, naturellement privé, et l'eau courante, qui le rendait public comme elle en l'occupant. Il fallait même distinguer entre l'*alveus* et les *ripæ*.

Il y avait une nuance à saisir entre la condition du lit et celle de l'eau courante.

L'eau était commune; le lit était public : *communis est aqua profluens; flumina, publica sunt.*

Il n'y avait aucune différence entre les choses communes et les choses publiques, quant à l'usage que l'on pouvait en faire : aussi les choses communes étaient-elles toujours publiques. Mais la réciproque n'était pas exacte, et les choses publiques n'étaient pas toujours communes.

Il fallait distinguer, à cet égard, entre l'usage et la propriété. Les choses communes étaient publiques à la fois, quant à l'usage et quant à la propriété; les choses simplement publiques ne l'étaient qu'au point de vue de l'usage, mais non au point de vue de la propriété. C'est ce que Pothier expliquait très-bien quand il disait[1] : *Etsi quoad usum a communibus non differant publicæ res, tamen differunt quoad proprietatem.*

On comprend, dès lors, que les Romains devaient distinguer entre le lit et l'eau courante, puisque le lit était public, non par sa nature, mais uniquement par sa destination, par son affectation à un usage public, tandis que c'était, au contraire, par sa nature même que l'eau courante était publique et commune.

25. Mais, chez nous, peut-il en être de même? Non, évidemment. Notre législation ne considère pas le lit comme une propriété privée affectée à un usage public, comme un fonds servant grevé d'une servitude; elle ne voit, avec raison, nulle part un signe ou un motif d'appropriation de la part des riverains. Le lit, pour elle, n'a pas de maître; et si elle n'a pas cru devoir l'attribuer au domaine public, elle n'a pas reconnu, non plus, qu'il appartînt, même éventuellement, aux tenan-

[1] *Pandect. in nov. ord. dig. — De divis. rerum*, p. 29, note *e*.

Digitized by Google

ciers. En telle sorte que si sa destination vient à changer par suite d'un desséchement, aucun droit ancien n'existant, il y aura nécessité de l'attribuer, dans un cas, aux dépossédés du nouveau lit, dans l'autre, au domaine public.

Il n'est peut-être pas inutile de faire remarquer ici qu'il ne faut pas confondre la situation que le droit romain faisait au lit des rivières publiques, avec celle que notre législation a établie au profit des ruisseaux.

Nous avons dit que le lit des ruisseaux appartenait, chez nous, aux riverains, et qu'il était seulement grevé de servitude. Chez les Romains, le lit des rivières publiques naturellement privé, n'était public que par suite de son affectation à un service public, c'est-à-dire par une sorte de servitude imposée par l'utilité publique. Mais il y a une différence capitale entre ces deux sortes de servitudes : celle qui pèse sur le lit de nos ruisseaux est établie au profit d'un fonds dominant incapable de retenir ses eaux, et obligé de les écouler sur les propriétés inférieures; celle, au contraire, que les Romains faisaient reposer sur le lit de leurs rivières publiques, n'était établie que vis-à-vis de l'eau courante : ce n'était donc pas, en réalité, une servitude; c'était une occupation.

C'est donc avec raison que la Cour de cassation a déclaré, dans son arrêt du 10 juin 1846, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer, dans notre droit, entre le lit et l'eau des rivières non navigables ni flottables, parce que ces deux éléments étaient régis par des dispositions identiques, et qu'on ne pourrait les séparer qu'en vertu d'une volonté exprimée formellement dans la loi.

Que la distinction soit dans la nature des choses, on ne saurait le contester : le lit et l'eau sont deux choses essentiellement différentes. Mais il ne s'agit pas, pour nous, de différences à constater entre deux choses au point de vue de leur nature; c'est au point de vue seulement du droit de propriété que nous établissons nos distinctions, et, à ce point de vue, le lit et l'eau sont rangés, par notre législation, sur la même ligne, n'appartiennent à personne et sont à l'usage de tous.

26. En résumé, la jurisprudence, d'accord avec la loi, nous enseigne que la question de la propriété des petits cours d'eau ne comporte pas une solution unique applicable à tous les cours d'eau sans distinction.

Digitized by Google

Sur la propriété où naît la source, le cours d'eau tout entier fait dépendance du fonds : le lit et l'eau sont propriété privée. Il en est de même chez les voisins qui ont des droits acquis sur l'eau par titre ou par prescription.

Dès que l'eau sort du fonds sur lequel elle est née, ou des propriétés voisines qui ont acquis des droits de propriété sur elle par titre ou par prescription, elle cesse d'être une propriété privée, elle devient chose commune affectée à l'usage de tous, et elle est reçue, à titre de servitude, par les propriétés inférieures, suivant la pente du terrain. En telle sorte que le lit et l'eau ne sont pas dans les mêmes mains : le lit est la propriété des riverains grevée d'une servitude au profit des fonds supérieurs; l'eau est commune.

Au point où finit la servitude, la propriété privée du lit prend fin aussi; une rivière est formée, c'est-à-dire un réservoir commun permanent, et ce réservoir commun, dans son entier, lit et eau, forme un corps indivisé dont la loi n'a attribué ou reconnu la propriété à personne, et dont elle a laissé l'usage à tous.

Tel est le système de notre législation sur la question de la propriété des petits cours d'eau.

27. Et maintenant le Code Napoléon mérite-t-il tous les reproches qu'on lui adresse? Le Code rural peut-il remplir le grand rôle qu'on lui promet?

Si l'on ne veut pas admettre que notre législation soit la meilleure possible, on est, au moins, obligé de reconnaître, non-seulement qu'elle présente un ensemble complet, satisfaisant, presque toujours conforme à la nature des choses, mais encore qu'elle constitue un progrès notable sur les législations antérieures.

Le Code rural, tout au moins, n'a pas à résoudre, comme on semble l'y inviter, cette grande question de la propriété des petits cours d'eau. Le Code Napoléon l'a résolue avant lui.

Le Code rural, d'ailleurs, n'est pas œuvre de droit privé, et l'on se tromperait étrangement si on le croyait appelé à réviser ou à modifier le système adopté par les rédacteurs de nos lois civiles.

Notre codification, qui laisse encore trop à désirer, ne gagnerait pas à disséminer les lois d'intérêt privé dans plusieurs Codes, et à les mélanger avec des matières administratives.

Digitized by Google

On peut modifier, compléter, réformer dans son Code notre législation civile; mais le législateur ferait certainement fausse route, le jour où il laisserait les divers Codes empiéter les uns sur les autres et se réformer mutuellement.

Le Code rural ne peut être qu'une partie détachée du Code administratif. LATREILLE.

ORPHELINS PAUVRES.

MINORITÉ. — TUTELLE. — ÉMANCIPATION. — MARIAGE.

Par M. A. Regnault, substitut à Parthenay.

Il existe dans la société une certaine classe d'enfants dont le sort est bien digne d'intérêt. Je veux parler des orphelins pauvres. Les uns sont reçus dans les hospices; les autres, et c'est le plus grand nombre, sont recueillis par des parents ou des amis charitables. Je ne m'occuperai que de ces derniers. Il m'a semblé que des difficultés matérielles les plaçaient en dehors du droit commun. Signaler un état de choses anormal dans un pays aussi bien organisé que le nôtre, et sous une législation qui a pris tant de soin de la personne et des biens des incapables; faire ressortir les inconvénients qui en découlent, et proposer des moyens d'y porter remède, tel a été mon but dans cette étude.

« Lorsqu'un enfant mineur, dit l'article 405 du Code Napoléon, restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, *il sera pourvu par un conseil de famille à la nomination d'un tuteur.* » Le juge de paix du domicile du mineur (art. 406 même Code) *doit même d'office convoquer le conseil de famille pour faire nommer un tuteur.* C'est chez ce tuteur (art. 108 C. Nap.) que l'enfant a son domicile. Voilà les enseignements de la théorie. En fait il en est bien autrement.

La plupart des orphelins indigents (ceux recueillis par des

Digitized by Google

parents ou des amis), pour ne pas dire tous, *n'ont ni conseil de famille, ni tuteur, ni subrogé tuteur;* ils ne se trouvent point, par conséquent, dans les conditions voulues par le législateur pour tous les enfants. Quelle est la conséquence de cette situation extra-légale? — Le mineur n'a pas de protecteur légal. Il est sans domicile. Il ne peut être émancipé et ne peut contracter mariage avant vingt et un ans révolus. — La raison en est que ces enfants ne possédant rien, il leur est impossible de payer les frais auxquels donne lieu la nomination d'un tuteur. — En sorte qu'on arrive à ce résultat bizarre. Le Code dit, art. 405 : « ... *Il sera pourvu* par un conseil de famille à la nomination d'un tuteur; — et comme nulle part, dans notre législation, les orphelins indigents n'ont été exemptés des droits de greffe et des droits du trésor, les prescriptions de l'article 405 restent sans effet. Les frais de nomination d'un tuteur sont peu élevés, dira-t-on, — soit; aussi n'hésiterai-je pas à en demander la suppression. — Ils le sont encore trop, pourtant, puisqu'ils mettent obstacle à l'accomplissement des formalités imposées par la loi.

§ I.

MINORITÉ. — TUTELLE.

Le grand principe dont s'est inspiré le législateur pour organiser le système tutélaire est un principe d'humanité et d'ordre social. Le législateur, dit M. Demolombe (tome I, p. 2, *Minorité*), doit protection aux personnes qui sont incapables de se gouverner et de se défendre elles-mêmes. Dans l'enfance, aussi bien que dans le cas d'aliénation mentale, l'humanité réclamait un appui de la société [1].—Il est bon de remarquer, dès en commençant, que la tutelle a été établie d'abord en vue de la protection à donner à l'enfant, *appellantur enim tutores quasi tuitores atque defensores* [2]. Le soin de la gestion de ses biens ne vient qu'en second lieu. — On lit encore, dans les instituts de Justinien, cette définition de la tutelle par Servius : *Est autem tutela vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum*

[1] V. Discours prononcé au Corps législatif par le tribun Leroy, de l'Orne. Séance du 5 germinal an XI.

[2] *Inst.*, lib. I, tit. 13.

Digitized by Google

qui propter ætatem se defendere nequit. — Ainsi ceux qui, à cause de leur âge, ne peuvent se gouverner eux-mêmes, ont besoin d'un protecteur. Mais ce protecteur, tout le monde le comprend, doit offrir à la société des garanties de moralité, de probité.—L'État est intéressé à former des citoyens.—L'éducation de la jeunesse ne lui est pas indifférente.—Les lois de l'éducation, dit Montesquieu, *Esprit des lois*, chap. 4, doivent être relatives aux principes du gouvernement.—Cette éducation doit faire naître dans le cœur de l'enfant le respect des lois et l'amour de la patrie.

Dans l'antiquité on attachait à l'éducation de l'enfant une importance extrême. Procurer au corps la force qu'il devait avoir, à l'âme la perfection dont elle était susceptible, tel était le but de l'éducation [1]; et tel il doit être, assurément, chez nous. Le protecteur, dont j'entends parler, ne peut donc être un protecteur officieux.—Non, aucune nation éclairée et soucieuse de son avenir n'a été à ce point imprudente d'abandonner à des mains indignes l'espoir de l'État.—La tutelle est une institution de droit public.—Elle intéresse au plus haut degré la société tout entière; car le régime des tutelles a pour objet l'état des personnes, le gouvernement des familles et la conservation de leurs patrimoines [2].—La société ne peut donc confier un semblable mandat à une personne, sans que cette personne lui offre des garanties qu'elle est en droit d'exiger de quiconque veut prendre à sa charge l'éducation d'un enfant.

Le Code nous parle, art. 360 et suivants, d'une tutelle officieuse.—Cette institution, due aux sentiments élevés des législateurs, pourrait faire disparaître les inconvénients que j'ai signalés, si elle était appliquée plus souvent. Malheureusement, elle l'est si peu, que M. Duranton la considère, dans notre Code, comme *un objet de luxe*. On peut envisager la tutelle officieuse sous un triple point de vue : comme un contrat de bienfaisance, comme un moyen de préparer et de faciliter l'adoption, comme une tutelle. Or, pour que le contrat de tutelle officieuse, contrat si avantageux pour l'enfant, puisse se former, plusieurs conditions sont nécessaires. La première, c'est que ce contrat soit reçu par le juge de paix du domicile

[1] Platon, *De leg.*, lib. VII, tit. 2.
[2] Demolombe, *Tutelle*.

Digitized by Google

du mineur. Ce magistrat (art. 363 C. Nap.) dresse procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle. — Il faut, en outre, que l'individu qui se propose de devenir tuteur ait plus *de cinquante ans* (art. 361 C. Nap.); du côté du pupille, qu'il ait *le consentement de ses père et mère* ou *du survivant d'entre eux*, ou, à leur défaut, d'un *conseil de famille*; ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, qu'il *rapporte le consentement des administrateurs de l'hospice où il a été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence* (art. 361 C. Nap.).

Pendant l'existence des père et mère d'un enfant, la société se repose sur leur affection du soin d'élever leurs enfants suivant les préceptes de la raison et de la morale. L'attention de la loi ne commence à s'éveiller qu'au moment de la dissolution du mariage.—La tutelle s'ouvre alors (art. 390 C. Nap.)— Jusque-là il n'y a pas tutelle, il y a puissance paternelle. Si, durant le mariage, le père devient incapable d'exercer la puissance paternelle, l'exercice en est délégué à la mère (art. 141-373 C. Nap.). Si tous les deux, le père et la mère, se trouvent empêchés d'exercer cette puissance paternelle, par exemple dans le cas d'interdiction, les tribunaux confient à un tiers la garde de la personne et l'administration des biens de l'enfant.

Ou bien la loi se charge elle-même de nommer directement le tuteur : tutelle du survivant des époux, appelée aussi tutelle naturelle; tutelle des ascendants appelée plus spécialement tutelle légitime. Ou la loi laisse à certaines personnes le choix du tuteur : le dernier mourant des père et mère, ce qu'on appelle tutelle testamentaire. Ou enfin la tutelle est déférée par le conseil de famille, tutelle dative.—Dans chacune de ces hypothèses, à côté du tuteur pour le conseiller, et, en même temps, pour prendre les intérêts du mineur, quand ils sont en opposition avec ceux du tuteur, la loi a établi un subrogé tuteur.—Le tuteur est investi du pouvoir exécutif de la tutelle. —Près de ce pouvoir se trouve un corps délibérant, le conseil de famille. Pour plus de sécurité encore, les magistrats sont appelés à contrôler les délibérations du conseil de famille en les homologuant. Quand il s'agit de questions litigieuses, intéressant un mineur, le ministère public doit donner son avis. Dans un cas, celui prévu par l'article 467 du Code Napoléon, il faut à la fois le concours du conseil de famille, du pro-

Digitized by Google

cureur impérial et de trois jurisconsultes. Ces formalités remplies, le tuteur se trouve en mesure d'agir. On voit quel surcroît de précautions le législateur a apporté pour tout ce qui concerne la gestion de la fortune du mineur. Peut-on supposer que le mineur est laissé abandonné à lui-même, dès qu'il n'a pas de biens à administrer. Eh quoi! son cœur, sa raison, ne sont-ce pas les biens les plus précieux, dignes de la plus vive sollicitude? Qui réprimera des instincts vicieux? Quel exemple aura-t-il sous les yeux? Quels seront les enseignements de sa jeunesse? Quelles seront les premières impressions de son âme, impressions qui, dans l'enfance, sont ineffaçables? Si ce sont là des utopies, pourquoi a-t-on accordé au tuteur un droit de correction sur son pupille? (art. 468 C. Nap.) Les annales de la justice criminelle nous enseignent que certains hommes ont été conduits à d'horribles forfaits par une pente presque fatale... L'homme n'entre pas dans la vie, condamné par un barbare destin à la honte et au supplice. Non, la conscience ne se tait pas de suite... à quelques expressions près, c'est insensiblement qu'on arrive à commettre les plus grands crimes...

« Ainsi que la vertu le vice a ses degrés. »

Disons donc que l'éducation qu'on reçoit, les principes qu'on nous enseigne, l'exemple qu'on a sous les yeux, ont une singulière influence sur la conduite de notre vie. Le législateur savait tout cela. C'est pourquoi, au titre de la tutelle, il nous dit, article 444 du Code Napoléon : « Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice : 1° *les gens d'une inconduite notoire*... etc. »

Or, si l'on admet comme une proposition suffisamment démontrée que l'éducation des enfants a une importance considérable au point de vue de l'avenir d'une société, la conséquence de ce principe est que la société a le droit et le devoir, dans un intérêt supérieur d'ordre public et dans l'intérêt de sa propre conservation, de surveiller l'éducation de l'enfance. De quelle manière s'exerce donc la surveillance de la loi sur les enfants orphelins pauvres, classe d'enfants nombreuse et bien digne de l'attention de l'autorité publique?

Supposons l'espèce suivante : Un enfant vient de perdre ses

Digitized by Google

père et mère. Il est sans ressources. Des parents ou des amis le recueillent chez eux. Pense-t-on que le juge de paix, instruit de ces décès, va convoquer le conseil de famille et faire nommer un tuteur à cet enfant? Il devrait en être ainsi; mais il n'en est rien. Cet enfant, dira-t-on, n'a pas de biens à gérer; il ne possède rien; un tuteur lui est inutile. Ce n'est pas là un argument sérieux. Les termes de l'article 405 sont absolus. La loi ne distingue pas entre l'enfant du riche et celui du pauvre, l'un et l'autre doivent être pourvus d'un tuteur. Soit, ajoutera-t-on, mais alors qui payera les frais du greffier, les droits du trésor[1], les parents ou amis qui ont reçu l'enfant?... En vertu de quel texte? Pourquoi leur imposer cette charge nouvelle? En recevant l'enfant, n'ont-ils pas déjà fait acte de charité et d'humanité? D'ailleurs, le plus souvent, ils sont pauvres eux-mêmes.

Ce serait une raison, peut-être, pour qu'ils fermassent leur cœur à des sentiments qui les honorent, s'ils prennent leur source dans la pitié que leur inspirent de jeunes enfants mal-

[1] Ces frais se décomposent ainsi :

Frais dus au greffier.

Répertoire	0f	15
Timbre	2	»
Enregistrement	4	60
Greffe	2	50
Expédition	3	»
Droits	1	60
Total	13f	85

Il faut ajouter dans certains cas, aux 13 fr. 85 c., les frais dus à l'huissier pour citation par suite des cédules délivrées par le juge de paix :

Frais dus à l'huissier.

Timbre	1f	»
Original	1	50
Copie, 1/4	»	38
Enregistrement	1	73
Écriture	»	20
Répertoire	»	10
Total	4f	91
—	13	85
Total général	18f	76

Digitized by Google

heureux. Non, on ne leur demande pas de faire cette dépense. En sorte que ces enfants qui ne la peuvent faire non plus, ne sont point pourvus d'un tuteur et demeurent ainsi, jusqu'à leur majorité, dans une situation fausse, antilégale, art. 405 C. Nap. — Et non-seulement on contrevient par cette façon d'agir aux prescriptions formelles de la loi, mais on tombe, pour une certaine classe d'enfants, dans tous les inconvénients que le législateur avait voulu éviter, en infligeant la peine de la déchéance au tuteur ayant une inconduite notoire. La déchéance de la tutelle ne peut, en effet, atteindre celui qui n'est pas tuteur. Enfin, la tutelle est une charge publique, qui impose certains devoirs à celui qui en est revêtu, art. 450. Le tuteur est responsable moralement vis-à-vis de la société qui lui a confié un mandat. Ici aucun mandat, point de responsabilité d'aucune espèce. L'enfant est élevé selon le caprice ou la fantaisie de ceux qui l'ont recueilli. Pour lui la direction morale qu'il recevra dépendra du hasard présidant à sa destinée. Si ceux qui l'ont reçu chez eux sont honnêtes, elle sera bonne; s'ils sont corrompus, elle sera détestable. — Je sais bien que la justice peut intervenir et réprimer des abus fâcheux. Encore faut-il que son action soit mise en mouvement. Qui provoquera les mesures que l'intérêt de la société et de l'ordre public rendent nécessaires?..... Personne. Le procureur impérial ne sera pas prévenu. S'il n'y a infraction à la loi pénale, il ne peut être que partie jointe. Dans tous les cas, son premier devoir sera de faire régulariser la position de cet enfant mineur; et il n'y pourra parvenir, à cause de son indigence, à moins de provoquer son admission à l'hospice des enfants trouvés et abandonnés.

Bien autre est la condition des enfants orphelins pauvres reçus dans les hospices. Qu'on me permette de citer, en passant, ces paroles de Dalloz (*Secours publics*, n° 92) sur les orphelins indigents : « La situation de l'orphelin est très-souvent aussi déplorable que celle de l'enfant trouvé ou abandonné. En effet, lorsque ses père et mère, en mourant, ne lui laissent point de ressources, l'impuissance de son âge le met à la merci des secours des parents ascendants ou collatéraux qui peuvent lui rester, ou de la bienfaisance publique. S'il n'a ni parents ni amis, si ses parents le repoussent eux-mêmes, ou s'ils sont eux-mêmes dans l'indigence, la bienfaisance

Digitized by Google

publique reste seule pour le secourir. La situation touchante des orphelins, l'intérêt qu'il y a pour l'État à ce qu'aucun de ceux qui sont appelés à devenir des citoyens ne demeurent sans appui, sans guide, sans direction morale, ont dans tous les temps éveillé à leur égard la sollicitude du pouvoir public. La religion les a placés sous la sauvegarde de Dieu lui-même. Enfin la charité privée et la philanthropie ont recherché avec ardeur la noble mission de les protéger. » Dans l'antiquité, il existait, sous le nom d'*orphanotrophies* (ὀρφανός *orphelin*, τρέφειν *nourrir*), des établissements destinés, non-seulement à élever des enfants ayant perdu leurs parents et dénués de ressources, mais encore à diriger leurs intérêts et leurs affaires, s'ils en avaient, *si qua possent habere*, à leur servir de tuteur et de curateur [1].

Je n'ai point à parler dans ce travail des nombreuses institutions de bienfaisance, qui, en France, offrent aux enfants pauvres, et notamment aux enfants orphelins pauvres, aux enfants trouvés ou abandonnés, à toutes les époques de leur vie, l'assistance indispensable à leur faiblesse et à leur indigence. On pourrait citer entre autres la Société de charité maternelle, qui a pour but le soulagement de la famille pauvre; les asiles ou crèches, où moyennant une faible rétribution les enfants sont gardés depuis le premier mois de leur naissance jusqu'à l'âge de deux ou trois ans; les salles d'asile, établissements publics, consacrés à l'éducation (V. art. 24 de la loi du 15 mai 1850); les écoles primaires; les colonies agricoles. La sollicitude de la loi s'étend même sur les enfants qui ne sont ni indigents ni abandonnés, mais qui travaillent dans les manufactures. — Y a-t-il rien de si doux au cœur que de voir s'élever au sein des populations ces vastes établissements, asiles de l'enfance, de la vieillesse, des femmes, des malades, des infirmes? — L'homme en songeant ainsi à alléger les infortunes de son semblable, montre l'excellence des sentiments qui l'animent, une nature bonne et compatissante. Je crois qu'il n'y a rien de plus honorable pour l'humanité, ni de plus agréable à Dieu, que cet amour fraternel qui nous porte à nous aider les uns les autres, et à nous secourir. — La nation française, nation chevaleresque, s'est toujours montrée em-

[1] Dalloz, *Secours publics*.

Digitized by Google

pressée par instinct, et certes aussi par vertu, à assister les faibles et les opprimés. Pour ne parler que des orphelins, Dalloz mentionne, dans son remarquable ouvrage (v° *Secours publics*), un hospice du Saint-Esprit existant à Paris vers la fin du XIV° siècle. Cet hospice, consacré aux enfants trouvés, se chargeait également des orphelins indigents, pourvu qu'ils fussent légitimes, pour *les faire instruire*, leur *donner des métiers*, les *établir ensuite et même les marier* [1].

Plus tard on ne s'occupa plus d'une manière spéciale des orphelins; les secours qui leur furent donnés furent confondus avec les autres secours destinés, en général, aux pauvres et aux malades [2].

« Jusqu'à ces derniers temps (dit Dalloz, *Secours publics*, sect. 4, art. 3) notre législation réglementaire n'avait renfermé aucune disposition spéciale déterminant les conditions et le mode d'admission des orphelins indigents dans les hospices. »

Ces enfants étaient repoussés des établissements de bienfaisance où étaient reçus les enfants trouvés et abandonnés. Un projet de règlement pour le service intérieur des hospices et des hôpitaux, annexé à une circulaire ministérielle du 31 janvier 1840, est ainsi conçu (art. 18) : « Les orphelins pauvres sont admis par délibération de la commission administrative. » Puis suit l'observation suivante : « L'admission des orphelins pauvres..... est dévolue *à la commission administrative et doit être l'objet d'un examen approfondi.* »

Ainsi, comme on le voit, l'admission des orphelins indigents dans les hospices n'est pas de droit. Elle est, au contraire, soumise à des formalités préliminaires, qui ont pour but de s'assurer que l'enfant ne peut être secouru par des ascendants, des collatéraux ou des amis, et qu'il est dans un entier dénûment. C'est aussi l'avis de Dalloz, lorsqu'il dit « qu'il faut faire appel aux sentiments de la famille ou de l'amitié avant de ranger un enfant pauvre ou orphelin parmi ceux que la bienfaisance publique doit secourir [3]. »

[1] Lettres patentes de Charles VII, 4 août 1445.

[2] Édit de juin 1662.

[3] V° *Secours publics.*

Il serait facile de connaître, si l'on voulait, le nombre des enfants reçus dans les hospices, dans chaque arrondissement de l'empire, et le nombre

Digitized by Google

En résumé, un fort petit nombre d'enfants orphelins indigents, relativement, sont reçus dans les hospices et se trouvent, par cela même, soumis à une législation particulière. La plupart d'entre eux, au contraire, restent dans les conditions que nous critiquons sous le rapport de la légalité.

La loi qui s'occupe des orphelins admis dans les hospices est celle du 15 pluviôse an XIII (4 février 1805). Elle déclare que ces enfants sont sous la tutelle des membres des commissions administratives de ces maisons qui nomment un d'entre eux pour tuteur, et dont les autres forment le conseil de famille, art. 1er. On retrouve la même disposition dans l'article 15 du décret du 19 janvier 1811, art. 15. « Les enfants trouvés et les enfants abandonnés sont sous la tutelle des commissions administratives des hospices, conformément aux règlements existants. Un membre de cette commission est spécialement chargé de cette tutelle. »

Si ces enfants viennent à donner de graves sujets de mécontentement, la commission est investie à leur égard du droit de correction, accordé au père et à la mère par les articles 376, 377, 380, 381 du Code Napoléon, et au tuteur par l'article 468, même Code [1].

§ II.

ÉMANCIPATION.

L'émancipation est un acte légal par lequel un mineur est affranchi de la puissance paternelle, ou de la puissance tutélaire, ou des deux à la fois, et acquiert, avant sa majorité, le droit de se gouverner lui-même et d'administrer librement ses biens, en se renfermant dans les limites posées par la loi [2].

On distingue deux sortes d'émancipation : l'émancipation expresse et l'émancipation tacite.

Aux termes des articles 477 et 478 du Code Napoléon, le père ou, à son défaut, la mère, peut émanciper son enfant

de ceux élevés par des parents ou amis. Je suis certain que la différence entre ces deux catégories d'enfants est considérable.

[1] Décret du 19 janvier 1811, art. 15; circ. 31 janv. 1840, art. 25.

[2] Demolombe, *Émancipation*.

Digitized by Google

parvenu à l'âge de quinze ans révolus. Le conseil de famille peut aussi émanciper le mineur, qu'il en juge digne, mais seulement lorsqu'il a atteint sa dix-huitième année. C'est ce qu'on appelle émancipation expresse.

L'émancipation tacite est celle qui a lieu par le mariage du mineur, art. 476.

Je n'ai à m'occuper, ici, que de l'hypothèse prévue par l'article 478 du Code Napoléon. Cet article est ainsi conçu : « Le mineur, resté sans père ni mère, pourra aussi, mais seulement à l'âge de *dix-huit ans révolus*, être émancipé, *si le conseil de famille l'en juge capable*. En ce cas *l'émancipation résultera de la délibération qui l'aura autorisé, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte que le mineur est émancipé*. » D'après cet article, c'est au conseil de famille qu'il appartient de décider si le mineur est en état d'être émancipé. Le tuteur n'a point été chargé par la loi d'apprécier la capacité intellectuelle de son pupille. On a craint de mettre aux prises les intérêts du tuteur, désireux peut-être de s'affranchir des charges de la tutelle, et ceux du mineur inhabile encore à se gouverner lui-même. Le devoir du tuteur, quand l'émancipation devient utile pour son pupille, est de faire les démarches nécessaires pour le faire émanciper.

Il résulte de ces principes que l'orphelin indigent recueilli par des parents ou des amis, et qui n'a ni tuteur ni conseil de famille, ne peut jouir du bénéfice de l'émancipation. On objectera peut-être que le mineur ne possède rien, que, par conséquent, l'émancipation pour lui devient sans objet..... Puis on ajoutera : l'émancipation, d'après sa définition, est *l'affranchissement de la puissance tutélaire*. Or, si l'enfant orphelin pauvre est élevé sans tuteur, comme vous le prétendez, il ne peut être question pour lui d'affranchissement d'une puissance tutélaire qui n'existe pas. — Quel besoin y a-t-il d'émanciper un enfant qui n'est pas en tutelle? A cela je réponds : Tout mineur est un incapable, qu'il soit en tutelle ou non. L'émancipation a précisément pour but et pour résultat de le relever, en partie du moins, de cette incapacité. Il y a cette différence entre le mineur en tutelle et celui qui n'y est pas, c'est que le premier est habile à agir dans la personne de son tuteur, tandis que le second ne peut pas agir du tout.

Digitized by Google

— S'il n'a pas de fortune; — qu'importe, dit-on, au mineur orphelin, d'être émancipé ou non.....

Pour raisonner ainsi, il faut négliger le texte des lois, qui pose (art. 405) un principe général et absolu, sans acception de personnes, et ne songer qu'au plus ou moins d'avantage des individus. De telle sorte que le jurisconsulte, dans cet ordre d'idées, devrait se prononcer moins en suivant des règles fixes qu'en s'inquiétant des convenances particulières, ce qui est l'arbitraire.

Quelles conditions un mineur orphelin doit-il remplir pour être émancipé? Toute la question est là. Le Code nous répond (art. 405): « Le mineur resté sans père ni mère, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, pourra être émancipé si le conseil de famille l'en juge capable. » Donc les conditions les voici : 1° *avoir dix-huit ans révolus*, 2° en *être jugé capable par le conseil de famille*. — Tout enfant qui les réunit doit pouvoir être émancipé. Cette expression « *en être jugé capable* » s'interprète ainsi : si le mineur est assez intelligent pour se conduire lui-même et pour gérer ses biens [1]. On peut tenir pour constant que lorsqu'il s'agit d'émanciper un mineur, il n'est nullement besoin de s'occuper de l'étendue de ses ressources pécuniaires. L'émancipation permettra au mineur indigent de mettre à profit son intelligence et son activité. — C'est dans ce sens qu'a été rédigé l'article 3 de la loi du 15 pluviôse an XIII : « La tutelle des hospices prend fin, dit cet article, 1° par la majorité, 2° *par l'émancipation*, 3°..... » Les orphelins qui sont dans les hospices peuvent donc être émancipés. La loi de pluviôse an XIII, qui est une loi relative à la tutelle des enfants admis dans les hospices, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit, ne fait aucune distinction, dans son article 3, entre les enfants qui possèdent et ceux qui n'ont rien. Puis le législateur, supposant le cas où des enfants admis dans les hospices ont quelque fortune, nous dit, art. 5 : « que l'émancipation venant à se produire, le receveur de l'hospice remplira les fonctions de curateur. »

Dans quel cas un orphelin indigent a-t-il surtout besoin d'être émancipé? N'est-ce pas quand il veut faire des actes de commerce (art. 487 C. Nap.)? (V. aussi art. 1308 et art. 1990 C.

[1] Demolombe, *Émancipation*.

Digitized by Google

Nap.). — Faire le commerce ! Où prendra-t-il des capitaux ? — Pourquoi ne trouverait-il pas des bailleurs de fonds, comptant sur son industrie, sa moralité, sa probité et sur certaines aptitudes précieuses pour un commerçant... L'intelligence d'un homme, des connaissances spéciales, l'habitude des affaires, ce sont des biens réels qui valent des capitaux... Tous les jours on voit, en effet, des associations d'individus qui mettent en société, les uns des fonds, les autres leur industrie [1].

L'article 1853 du Code Napoléon détermine la part revenant dans les bénéfices ou dans les pertes de la société à celui qui n'y a apporté que son industrie, en supposant que l'acte de la société ne contienne rien à cet endroit. La règle de la loi civile s'applique aux sociétés de commerce, ainsi que nous l'apprennent les articles 1873 du Code Napoléon, 18 du Code de commerce.

L'article 4 de la loi de pluviôse an XIII contient la disposition suivante : « Les commissions administratives des hospices jouiront, relativement à l'émancipation des mineurs, qui sont sous leur tutelle, des droits attribués aux père et mère par le Code Napoléon ; » c'est-à-dire que ces mineurs pourront être émancipés dès *l'âge de quinze ans révolus* [2]. L'article 4 ajoute : « L'émancipation sera faite, sur l'avis des membres de la commission administrative, par celui d'entre eux qui aura été délégué tuteur, et qui, seul, sera tenu de comparaître à cet effet devant le juge de paix. *L'acte d'émancipation sera délivré sans autres frais que ceux d'enregistrement et de papier timbré.* »

Les autres enfants orphelins, élevés en dehors des hospices, sont obligés de débourser une vingtaine de francs environ [3]

[1] Pardessus, t. III, *Droit commercial.*

[2] V. (*Exposé des motifs de la loi*, Locré, t. VII, p. 297) la déclaration de l'orateur du Tribunat.

[3] Ces frais se décomposent ainsi :

Répertoire	»	15
Timbre	1	»
Enregistrement	11	50
Greffe	2	50
Papier	3	»
Expédition	1	60
Total	19f	75

Digitized by Google

s'ils veulent être émancipés; et ils ne peuvent l'être avant dix-huit ans révolus.

Les orphelins indigents des hospices, au point de vue légal, sont, comme on le voit, dans une situation bien plus avantageuse que les autres orphelins indigents. Pourquoi cette différence de situation devant la loi entre ces enfants? Il ne doit pas en exister, pas plus entre eux qu'entre les citoyens. Nous désirons qu'on la fasse disparaître, parce qu'elle est contraire à nos mœurs, contraire au principe de l'égalité devant la loi écrit dans la constitution.

§ III.

MARIAGE.

S'agit-il du mariage d'un orphelin indigent, nous sommes en présence des mêmes difficultés. L'article 160 du Code Napoléon dit en effet : « S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs *de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille.* » Les mineurs dont nous parlons, n'ayant ni tuteur ni conseil de famille, ne peuvent par cela même contracter mariage avant leur majorité.

Prétendra-t-on que pour l'accomplissement de ces divers actes : tutelle, émancipation, mariage, intéressant un mineur, le procureur impérial près le tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve le domicile du mineur doit intervenir? Quelle est la loi qui l'y oblige? Que si un litige est pendant devant un tribunal, oui, le procureur impérial interviendra comme partie jointe (art. 68 C. pr.). Représentant de la société, son devoir est de protéger les intérêts de ceux qui ne peuvent se gouverner eux-mêmes (art. 83 c. pr., 482 C. Nap.). Parfois même le ministère public, devant les tribunaux civils, a le rôle de partie principale, notamment quand les intérêts des absents sont en jeu (art. 112, 114, 116 C. Nap., 981 C. pr.). Mais, pour tout ce qui concerne la convocation d'un conseil de famille, la nomination d'un tuteur, il n'a aucune action. Le juge de paix, pour le mineur, agira d'office. Le procureur impérial n'a rien à faire. Il peut, comme tout le monde, dénoncer au juge de paix le fait qui donne lieu à la nomination d'un

Digitized by Google

tuteur (art. 406 C. Nap.)[1]. Que demandons-nous donc? Ce qui existe déjà pour les indigents qui veulent se marier ou retirer leurs enfants des hospices (loi des 5 et 10 décembre 1850). Nous demandons que tous les orphelins indigents, recueillis par des parents ou amis, soient pourvus d'un tuteur comme les autres enfants; pour en arriver là, qu'on *les dispense des droits de toute espèce actuellement existant;* que cette *exemption de droits ait également lieu pour leur émancipation.* Ayant un conseil de famille, ils pourront, le cas échéant, profiter du bénéfice des articles 144 et 160 du Code Napoléon.

Qu'y perdront le trésor, les greffiers et les huissiers? Rien. Par une raison bien simple. Actuellement, ces droits sont nuls, la nomination d'un tuteur et l'émancipation n'ayant jamais lieu. Or une disposition législative dans ce sens, aurait ce double avantage de faire rentrer sous l'empire du droit commun un grand nombre d'enfants abandonnés à la foi de personnes inconnues et de ne blesser aucun intérêt.

Les moyens d'exécution que je propose sont très-faciles. En effet, que dit l'article 911 du Code de procédure? Article 911. « Le scellé *sera apposé*, soit à la diligence du ministère public, soit sur la déclaration du maire ou adjoint de la commune et *même d'office par le juge de paix :* 1° Si le *mineur est sans tuteur* et que le scellé ne soit pas requis par un parent... » Ainsi, si le mineur est sans tuteur, ce qui est notre hypothèse, le juge de paix est tenu (*sera* dit l'art. 911) d'apposer les scellés. On peut consulter encore l'article 924 du même Code qui prévoit le cas où il n'y aurait aucun effet mobilier à mettre sous le scellé. S'il n'y a aucun effet mobilier, ce magistrat dresse un procès-verbal de carence.

Le point important, alors, est que les juges de paix soient très-exactement instruits par les maires des faits qui donnent lieu à l'ouverture d'une tutelle. Or, on trouve à ce sujet un arrêté du directoire exécutif du 22 prairial an V, qui contient ceci : « Dans chaque commune où ne réside pas un juge de paix, l'agent municipal (aujourd'hui le maire), et à son défaut son adjoint, *sera tenu de donner avis, sans aucun délai,* au juge de paix résidant dans le canton, ou, à son défaut, à son assesseur le plus voisin, de la *mort de toute personne* de son

[1] V. Demolombe, Massabiau.

Digitized by Google

canton qui *laisse pour héritiers* des pupilles, des *mineurs* ou des absents, » et l'article 11, même arrêté : « Les agents et adjoints municipaux qui négligeront *cette partie importante de leurs devoirs seront dénoncés à l'administration centrale de leur département pour être procédé à leur égard, conformément à l'art.* 193 *de l'acte constitutionnel.* » Cette dernière disposition est inapplicable, on pourrait la remplacer par une autre en harmonie avec les progrès de la législation. D'ailleurs, pour tout ce qui touche aux intérêts de la famille et de la société, tout le monde peut rendre témoignage du zèle et du dévouement de MM. les maires. Il ne peut plus être question d'une sanction pénale, mais du sentiment du devoir à remplir. En même temps qu'ils préviendront le juge de paix du canton, ils seront tenus d'écrire au procureur impérial près le tribunal de leur arrondissement, afin que ce dernier fasse les diligences nécessaires pour faire nommer un tuteur, si cela devenait nécessaire (V. art. 911 C. pr.). Le juge de paix averti, nous demandons qu'aussitôt il convoque d'office le conseil de famille et fasse nommer un tuteur à cet orphelin. Le *tout sans frais* pour l'enfant dont l'indigence sera dûment constatée. Le juge de paix, appelé sur les lieux pour apposer les scellés, sera plus à même que personne d'apprécier l'état de fortune du mineur. Au besoin, le percepteur et le maire de la commune pourront fournir des certificats négatifs, comme ils le font déjà, lorsqu'il s'agit du mariage des indigents. Selon nous, il n'y aurait qu'une addition à faire à la loi si libérale de 1850, addition qui n'en changerait en aucune façon l'économie. Au contraire, ce que nous proposons rentre dans son esprit, comme cela rentre dans celui de la loi du 22 janvier 1851, qui a pour but d'exempter les justiciables qui se trouvent dans l'impossibilité, faute de ressources pécuniaires, de faire valoir leurs droits devant les tribunaux, des droits fiscaux et des honoraires des hommes d'affaires.

On fera peut-être cette objection. Il faudra donc procéder à une enquête pour s'assurer de la moralité du tuteur. Et cette enquête faite, le tuteur choisi, parent ou ami, voudra-t-il bien prendre soin du mineur ?—Pourquoi non ? Si la justice apprend que le père ou la mère se livre envers son enfant à des violences capables de compromettre son intelligence ou sa vie; que personne ne pourvoit ni à sa nourriture, ni à son entretien, ni *à son éducation*, que la maison paternelle est un lieu de débau-

Digitized by Google

che, que le père ou la mère se livre à l'immoralité sous les yeux de son enfant qui en est le témoin; elle intervient et réprime l'abus, en autorisant l'enfant a quitter la maison paternelle et à se retirer chez une tierce personne qu'elle indique sur *la proposition de la famille* ou *qu'elle désigne d'office*[1]. »

S'il en est ainsi, si les magistrats, en vertu de leur pouvoir réglementaire, et agissant dans un intérêt public peuvent suspendre un père ou une mère de l'exercice de la puissance paternelle, il est rationnel d'admettre qu'avant de confier à un individu la garde et l'éducation d'un enfant on s'enquiert de savoir s'il est digne d'une mission si délicate. La personne désignée pour servir de tuteur à l'enfant peut-elle refuser la tutelle? La loi nous répond que la tutelle est une charge publique: toute personne est tenue de l'accepter, si elle n'a pas une cause d'excuse pour s'en dispenser (art. 427 C. Nap.).— L'article 432 du Code Napoléon dit positivement: « Tout citoyen *non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle*, que dans le cas où il n'existerait pas dans la distance de 4 myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle. » Cela devait être, la tutelle est avant tout une charge de famille; c'est sur la famille qu'elle doit d'abord peser. M. Marcadé sur l'article 441, et Demolombe, t. VII, n° 447, estiment qu'en dehors des excuses *légales*, il n'y a plus que le devoir imposé par la loi à toute personne d'accepter la tutelle qui lui est déférée.

Enfin, l'hospice sera toujours ouvert pour l'orphelin indigent abandonné et pour celui que pour des motifs graves on serait obligé de retirer de chez son tuteur.

Ce que nous disons nous semble d'autant plus opportun que, dernièrement, on s'est beaucoup occupé de l'instruction de la jeunesse. On veut, en instruisant les enfants, les moraliser et les préparer à la pratique des vertus publiques et privées. On veut, c'est le souverain lui-même qui l'a dit, dans un magnifique langage, améliorer la situation morale et matérielle de l'ouvrier et des cultivateurs. Nul doute que l'instruction bien dirigée ne produise dans la société les plus grands bienfaits, l'ouvrier n'en tirerait-il que la connaissance de procédés nouveaux appliqués à son métier; l'agriculteur, un meilleur

[1] Mourlon, *Puissance paternelle*.

Digitized by Google

système de culture, que ce serait encore pour tous les deux et pour tout le monde un grand bien.

Mais, que peut produire l'instruction, la meilleure possible, si l'enfant, de retour chez lui, entend de ces propos, de ces maximes, assiste à des spectacles qui flétrissent et corrompent l'âme et pervertissent souvent les natures le plus heureusement douées?

C'est pourquoi l'orphelin indigent doit être d'autant mieux protégé par nos lois, qu'il est plus faible et plus malheureux. Quoi de plus triste que son sort! Pour lui la vie s'écoule dans l'isolement, dans « la solitude du cœur »[1]. Que la loi, bonne et généreuse, lui tienne lieu de parents qui ne sont plus.

Ainsi, dans toutes les parties de l'empire, tous les enfants apprendront chaque jour, par les soins qu'on aura pour eux, à aimer leur pays, ses lois, et ceux qui les gouvernent.

A. RÉGNAULT.

[1] Mme de Staël.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

HIÉRARCHIE ET DÉCENTRALISATION.

Étude par A. Pougnet,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation [1].

Compte rendu par M. E. Bonnier,
professeur à la Faculté de droit de Paris.

Bien que l'opinion publique, absorbée par d'autres préoccupations, surtout par celle de la politique extérieure, s'attache moins, dans le moment actuel, à l'organisation intérieure de a France, c'est là une question vitale à laquelle il faudra nécessairement revenir lorsqu'on voudra établir chez nous la liberté sur des bases solides, suivant le vœu de tous les esprits éclairés. Une centralisation excessive, en concentrant toute la vie sociale en un point du territoire et en assujettissant le reste du pays à une sorte de mécanisme aveugle, est évidemment un excellent instrument de despotisme, que ce despotisme soit exercé par un prince ou par une assemblée. Rendre la vie aux localités, c'est agir en sens inverse, c'est-à-dire former une pépinière de citoyens. Nous croyons donc faire œuvre utile en signalant aux lecteurs de la *Revue* l'opuscule remarquable que vient de publier sur cette grave question notre collaborateur M. Pougnet. La modeste extension de pouvoirs que des lois récentes viennent d'attribuer aux conseils généraux et aux conseils municipaux, ne modifie que bien faiblement notre système général de centralisation administrative, et par conséquent ne diminue en rien l'intérêt de la discussion du système envisagé dans son ensemble.

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, l'auteur n'appartient point à la classe de ces défenseurs compromettants de la décentralisation qui s'écrient sans cesse : *Delenda Carthago!* sans se préoccuper de ce qu'il faudrait mettre à la place des institutions détruites. Le titre même de son livre : *Hiérarchie et Décentralisation*, indique assez l'esprit qui a

[1] Chez Baillière, rue de l'École-de-Médecine, 17.

Digitized by Google

inspiré M. Pougnet. Il se sépare lui-même bien nettement des déclamateurs vulgaires lorsqu'il nous dit, dans son Introduction :

« Chacun reconnaît volontiers que notre administration se « recommande par l'intégrité de ses agents, la régularité, au « moins ordinaire, de ses procédés, la modération avec laquelle « elle use de ses plus redoutables pouvoirs, — modération « dont il lui faut savoir d'autant plus de gré qu'elle pourrait « impunément s'en écarter davantage ; — mais beaucoup de « bons esprits se demandent précisément si ces pouvoirs ne « sont pas tels qu'ils dépassent la limite des attributions « légitimes de l'autorité centrale; si, par suite, cette puis- « sante concentration de pouvoir, dont l'un des effets est de « fausser la compétence en confondant l'administration avec « la politique, n'est pas en elle-même vicieuse dans le présent « et menaçante pour l'avenir. Ainsi définie dans ses termes « propres, la question de décentralisation se pose nettement, « avec toute son ampleur, mais dégagée de tout ce qui pourrait « la rendre irritante, et l'on peut être à la fois partisan déclaré « de l'administration et adversaire convaincu de la centralisa- « tion administrative. »

On voit que, chez M. Pougnet, la décentralisation n'est point, ce qui l'a rendue suspecte à beaucoup d'esprits, une thèse vulgaire d'opposition politique. C'est pour le gouvernement lui-même qu'il considère la situation actuelle comme éminemment dangereuse, comme aggravée encore par la constitution de 1852; car, il le fait remarquer avec beaucoup de justesse, par une conséquence nécessaire du principe du gouvernement personnel, la responsabilité morale de tous les actes des fonctionnaires remonte jusqu'au chef même de l'État, et le moindre abus dont un citoyen souffre est, à ses yeux, un acte du gouvernement. Telle est du moins l'impression des masses, qui sentent bien plutôt qu'elles ne raisonnent.

M. Pougnet s'efforce également de dégager la question de ces lieux communs qui défraient la polémique des journaux, sur le principe d'autorité et sur le principe de liberté. Il ne peut comprendre qu'on fasse de l'autorité et de la liberté deux êtres pour ainsi dire personnels, dont l'action ne devrait jamais se confondre dans la direction de la politique d'un peuple, de sorte qu'il faudrait prendre absolument parti pour

Digitized by Google

l'un ou pour l'autre de ces principes. Il voit dans cet antagonisme l'effet de nos révolutions successives, qui ont brouillé toutes les idées ; en prenant pour devise de son travail : *Hiérarchie et décentralisation*, il fait voir assez nettement qu'il n'entend point isoler la liberté de l'autorité, pas plus que l'autorité de la liberté. Ce sont là deux forces dont l'action doit se combiner, qui ne sont point *dissociabiles*, quoi qu'en dise Tacite; et l'on ne saurait, sans rompre l'équilibre social, faire la part de l'une trop considérable au détriment de l'autre. Ces idées sont fort sages, et n'impliquent nullement une tendance téméraire à l'innovation.

Afin de bien établir les bases sur lesquelles doit reposer l'organisation politique, l'auteur commence par rechercher l'origine des sociétés humaines. Il signale cette étrange théorie du *contrat social*, d'après laquelle les clauses de la société bien comprises se réduiraient toutes à une seule : *l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à la communauté*. S'il est vrai que personne n'ose aujourd'hui professer ouvertement cette doctrine de Rousseau, les conséquences, dit fort bien M. Pougnet, n'en sont pas moins retenues; d'ailleurs, l'absorption de l'initiative individuelle par la force collective de l'État ne se conçoit rationnellement, que l'on s'en rende compte ou non, qu'en partant des prémisses posées par le philosophe génevois. Si l'on veut atteindre la vérité, il faut laisser de côté ces fictions auxquelles le souffle même du génie ne saurait communiquer la vie, il faut rechercher quels sont, après tout, les éléments constitutifs de la société humaine. Il y en a quatre principaux : l'individu, la famille, la bourgade et l'État. La *hiérarchie* sociale consiste à faire une juste part à chacun de ses éléments. Le développement complet de l'humanité ne se trouve dès lors, ni là où l'individu est absorbé par la famille; ce qui est le régime patriarcal; — ni là où la famille est absorbée par la bourgade, comme dans certaines cités où la vie individuelle se trouve déterminée par des règlements minutieux; — ni enfin là où la bourgade est absorbée par l'État; ce qui est le résultat d'une centralisation excessive.

Une observation importante, qui se rattache au même ordre d'idées, c'est l'abus qui a été fait de ce mot *souveraineté*. Par cela seul qu'on a appelé souverain le prince ou l'assemblée

Digitized by Google

qui exerce le pouvoir, on a attribué à ce pouvoir un caractère absolu, qui devient la justification de tous les excès, de tous les crimes. Mais Bossuet lui-même, quelque jaloux qu'il fût des prérogatives de l'autorité, a posé en principe qu'il n'y a point de droit contre le droit. Il faut proclamer bien haut que ni le prince, quelque étendus que soient ses pouvoirs, ni la majorité d'une assemblée dans les gouvernements parlementaires, ne sont autorisés à déroger aux lois de la morale universelle. Et si l'on demande qui restreindra les pouvoirs de la majorité, sinon la majorité elle-même, M. Pougnet répond avec raison que les règles fondées sur la raison et sur la justice, pour n'avoir pas de garantie matérielle, n'en sont pas moins certaines, et qu'en les maintenant avec persévérance, on finit toujours par les faire triompher dans la pratique.

Le souverain, à bien prendre les choses, ce n'est point un seul et unique pouvoir absorbant tous les autres, c'est l'ensemble de tous les pouvoirs, y compris celui qui est le type de tous les autres, celui du chef de famille. L'individu peut être considéré comme le point autour duquel convergent trois cercles concentriques : la famille, la bourgade et l'État. Chacun de ces cercles doit avoir son développement légitime, sans empiéter sur celui des autres. Lorsque l'esprit de famille s'affaiblit, lorsque la vie communale ou départementale se trouve étiolée, l'individu se trouve seul en présence de l'État, et l'on court grand danger de tomber dans l'anarchie ou dans le despotisme.

Après avoir formulé cette théorie, dont il est difficile de contester la justesse, l'auteur arrive à ses conclusions pratiques. Il s'attache aux deux seuls éléments qui offrent chez nous une certaine consistance, comme pouvoirs intermédiaires, à la commune et au département.

Pour l'organisation du conseil municipal, il ne peut que donner des éloges à l'institution actuelle, qui repose sur le suffrage universel. Quant à l'étendue des attributions du conseil, il repousse l'idée de la tutelle administrative, qui substitue la subordination à la hiérarchie. Au lieu de prendre pour base, comme le fait constamment notre législateur, l'importance des affaires, il voudrait qu'on tînt uniquement compte de leur nature, et que dès lors tout ce qui est municipal fût soumis sans contrôle au pouvoir municipal, la surveillance de

Digitized by Google

l'État étant exclusivement réservée pour les points qui touchent à l'intérêt général, comme l'instruction primaire et la répartition de l'impôt.

En ce qui touche le maire, cette pierre d'achoppement de toutes les réformes communales, M. Pougnet lui reconnaît bien la double qualité qu'on ne saurait scinder sans créer un dangereux antagonisme, de représentant de la commune et de représentant de l'État vis-à-vis de la commune. Mais, tendant à faire prédominer l'intérêt communal, il voudrait que le maire fût nommé par le conseil municipal, avec un simple droit de *veto* de la part du gouvernement.

A part cette dernière proposition, qui est peut-être un peu excessive, ses idées nous semblent acceptables *à priori*. Seulement nous doutons fort qu'elles soient applicables dans l'état actuel de nos communes. Il ne faut pas avoir habité longtemps nos petites communes rurales pour reconnaître qu'elles sont trop souvent dominées par de mesquines passions locales, et qu'il y aurait péril à leur laisser la gestion complète de leurs intérêts et surtout la nomination de leur maire. On y trouve trop souvent, suivant l'expression de Lamartine, *de la poussière humaine*, et non pas des hommes. Est-ce à dire qu'il faille désespérer de la vie municipale? Non, mais il faudrait d'abord organiser ce que M. Pougnet appelle la *bourgade*, c'est-à-dire une vie locale sérieuse. Il y aurait dès lors à faire, comme le propose M. Leplay, une agglomération de communes, sinon aussi considérable que la circonscription cantonale, du moins assez importante pour mériter l'autonomie qu'on réclame pour elles. Ce qui prouve assez l'absence de vitalité des communes actuelles, c'est l'impossibilité où l'on s'est trouvé d'y organiser la juridiction de simple police. Nous pensons donc qu'avant d'augmenter les attributions des conseils municipaux, il faut commencer par créer, du moins dans beaucoup de localités, des municipalités dignes de ce nom.

Pour ce qui est du département, nous trouvons peu de développements dans le travail dont nous présentons l'analyse. Dans la pensée de l'auteur, les attributions des conseils généraux de nos départements devraient être élargies dans le même esprit que celles des conseils municipaux. Le préfet est nécessairement l'agent du gouvernement et à sa nomination. Mais, si le conseil général avait le droit de nommer son président,

Digitized by Google

droit qui, il faut le dire, n'appartient pas aujourd'hui au Corps législatif lui-même, son indépendance se trouverait suffisamment établie. Nous pensons, au surplus, avec M. Pougnet, qu'il n'y a point lieu de rêver le rétablissement des anciennes provinces, ni par conséquent de modifier la circonscription départementale, qui est fortement entrée dans nos mœurs.

En résumé, son livre se recommande par d'excellentes doctrines, qui donnent à penser même à ceux qui ne seraient point disposés à partager toutes ses opinions. Il confond avec autorité les sophismes sur lesquels se fonde la théorie des ultracentralisateurs, et, sans tomber dans l'individualisme, il réduit à une juste mesure la part de l'autorité légitime de l'État. Il définit fort exactement le rôle des pouvoirs intermédiaires, en leur donnant toute autorité dans leur sphère propre, mais en les soumettant au contrôle de l'État, dès qu'ils veulent excéder leurs attributions normales. Ses conclusions pratiques, en ce qui a trait à la vie communale, ne nous semblent point susceptibles d'une application immédiate, parce qu'ici le fait domine le droit. Mais l'ensemble de toutes ses doctrines est sagement libéral, et c'est, en définitive, faire œuvre de bon citoyen que de consacrer ainsi les loisirs d'une honorable profession à l'étude de ces délicats problèmes, sur lesquels on ne saurait trop appeler l'attention de tous ceux qui ont à cœur la régénération de la France par de plus larges institutions.

E. BONNIER.

Digitized by Google

TRAITÉ DES IMPOTS

Considérés sous le rapport *historique*, *économique* et *politique*, en France et à l'étranger,

Par M. Esquirou DE PARIEU. 2e édition. MM. Cotillon et Guillaumin, éditeurs.

Compte rendu par M. A. BERTAULD, avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

Le livre de M. de Parieu tient plus que son titre ne promet. Il embrasse plus d'intérêts que l'auteur n'en a inscrits au frontispice.

Sans doute la question des impôts a une grande importance au point de vue *historique*, au point de vue *politique* et au point de vue *économique*; mais elle a aussi de nombreux aspects purement *juridiques*.

La philosophie politique domine cette question, puisqu'il faut déterminer la compétence de la souveraineté sociale et l'étendue de la mission du gouvernement pour savoir quels sont les services qui, à raison de leur utilité publique, doivent être payés par le public.

La limite des devoirs et des droits de l'État est un problème préjudiciel. Le soin de la défense extérieure et de la conservation de l'ordre intérieur, est-ce toute la tâche du pouvoir, qui personnifie l'intérêt collectif de la société? Le pouvoir n'est-il pas plus qu'un gardien au dedans et au dehors? n'est-il pas un instrument d'initiation moralisatrice et de progrès, et, à ce titre, n'est-il pas chargé de dépenses qui profitent au plus grand nombre des gouvernés? est-il ou n'est-il pas tenu de prélever, sur le produit du travail national, les frais d'entretien et d'accroissement d'une vaste aristocratie, d'une immense hiérarchie de fonctionnaires, recevant pour les rendre, par le secours du luxe, les rentes qu'ils reçoivent de l'État? C'est là une question de résultance à laquelle on aboutit forcément.

La science économique a des liens étroits avec la question de l'impôt, qui est une de ses branches, puisqu'il n'y a que cette science qui puisse régler la répartition des taxes, de manière à la concilier avec la justice.

Digitized by Google

Qui supporte l'impôt? Ce n'est pas toujours celui qui le paye.

L'impôt est-il établi sur un produit qui soit plus demandé qu'offert? Le producteur renchérit ce produit et rejette, ou du moins essaie de rejeter sur le consommateur, une charge dont il ne veut faire que l'avance, parce qu'il est en mesure de dicter la loi du marché.

Le produit imposé est-il, au contraire, plus offert que demandé? Le capital, s'il n'y est enchaîné, s'éloigne de ce genre de production et l'impôt cesse d'être fécond. L'abondance de la consommation, c'est la meilleure source de l'impôt et la plus sûre garantie de son rendement. Mais si l'impôt atteint les produits les plus nécessaires à la vie, le pauvre, qui en absorbe autant sinon plus que le riche, est grevé dans la même mesure que celui-ci, et alors la répartition n'est pas proportionnelle aux ressources.

Que si on reporte l'impôt sur les produits de luxe, en général on diminue leur consommation et on s'expose à ce que l'offre dépasse la demande; or, si l'offre dépasse la demande, la fécondité de l'impôt est compromise et restreinte.

Impose-t-on le capital? On n'empêche pas seulement l'accroissement de la richesse par l'épargne, mais on réduit la richesse acquise; on mange le fond avec le revenu. Or, c'est le revenu qui doit supporter la dépense collective et publique comme il doit supporter la dépense individuelle et privée.

Le gouvernement, sous peine d'encourir le reproche de dissipation, est, comme les particuliers, astreint à vivre aux dépens des produits, qui ne sont pas encore devenus des capitaux. En ne prélevant qu'une portion du revenu, s'il prévient et entrave la capitalisation, du moins il ne l'anéantit pas après qu'elle est accomplie; il nuit au progrès de la richesse nationale, mais il ne la détruit pas.

D'ailleurs, si l'impôt n'est pas seulement un prélèvement sur les produits non capitalisés, s'il s'attaque aux capitaux, il s'adressera de préférence à ceux qui reçoivent un bon et lucratif emploi, c'est-à-dire qui sont plus demandés qu'offerts, et le capitaliste imposé réclamera une part plus grande, soit comme intérêt, soit comme profit, de la production à laquelle il concourt; il réagira encore contre le consommateur, obligé à subir ses conditions ou à s'abstenir de la consommation du produit, dans la formation duquel entre comme auxiliaire le

Digitized by Google

capital que l'impôt mutile. Voilà, par un détour encore et par contre-coup, la consommation imposée ou paralysée, et, si elle est paralysée, le capital déprécié, aux regrets de sa prépondérance perdue, cherchera une destinée nouvelle et s'affectera à d'autres besoins.

Comme les impôts indirects, le plus souveut les impôts directs aboutissent aux consommateurs sur lesquels ils pèsent finalement; ils seraient onéreux surtout à la classe ouvrière, à la classe pauvre, si elle n'était point en mesure de réagir et si elle ne réagissait pas par l'élévation du salaire, lorsque ses services sont plus demandés qu'offerts.

C'est la loi de l'offre et de la demande, cette loi de toutes les relations économiques, qui fait osciller la charge de l'impôt, de manière à ce que son poids ne s'arrête pas toujours sur le même élément. C'est par ce motif que pratiquement la variété de l'impôt est préférable à son unité. Éparpillé sur un grand nombre de produits, il est presque impossible qu'il sévisse en même temps et exclusivement, soit sur la rente, le loyer et l'intérêt, soit sur les profits, soit sur le salaire. En supposant qu'il y ait quelquefois plus d'antagonisme que de solidarité entre le capitaliste, l'entrepreneur et l'ouvrier, comment se ferait-il que, dans le mouvement, dans la perpétuelle fluctuation, dans les infinies vicissitudes des rapports agricoles, commerciaux, industriels, la supériorité restât toujours du même côté?

C'est dans la diversité de ses formes et de ses applications qu'est la plus grande chance que l'impôt inflige, avec une approximative égalité proportionnelle, des sacrifices à tous les moyens d'épargne. Si, pour tel ou tel genre de consommation, le pauvre consomme autant que le riche, ne faut-il pas du moins reconnaître qu'en considérant l'ensemble des consommations, le riche consomme plus que le pauvre et supporte par suite l'impôt proportionnellement à sa fortune?

L'action de la diffusion, de la répercussion de l'impôt, voilà l'un des problèmes qui relèvent le plus de l'économie politique.

L'impôt s'ajoute-t-il toujours au prix du produit et se confond-il avec lui? *Est-il toujours mis par le commerçant dans la facture?* En d'autres termes le producteur est-il toujours maître du marché et du rapport entre l'offre et la demande?

Digitized by Google

Quelle est l'influence sur le taux des salaires de l'exhaussement des taxes affectant les consommations nécessaires?

La quotité des taxes sur les consommations nécessaires a-t-elle une influence restrictive sur les consommations de luxe? Quelle est, sur le prix des consommations similaires, l'influence de l'exhaussement d'une taxe appliqué à une consommation déterminée?

L'impôt frappe-t-il aussi légitimement la circulation, le déplacement de la richesse que sa conservation et son développement? A ce point de vue l'impôt sur les mutations entre-vifs ou par suite de décès, se justifie-t-il aussi bien que l'impôt sur les revenus des immeubles et que l'impôt personnel et mobilier? Ne se prélève-t-il pas d'ailleurs sur le capital, tandis que les autres impôts directs sont présumés ne pas l'entamer? Enfin par sa nature ne résiste-t-il pas à la répercussion?

L'histoire et les législations comparées jettent un grand jour sur toute la partie économique de la question des impôts. La matière des impôts appartient aussi à la science technique du droit, à la science du droit administratif surtout sans doute, mais aussi à la science du droit civil et du droit pénal.

Le mode de perception, les réclamations qu'il soulève et qui appartiennent le plus souvent à des juridictions d'exception, quelquefois à la juridiction commune, le système répressif des fraudes se recommandent à l'étude des légistes, même de ceux qui croient que la vie active du praticien exclut l'investigation théorique. Difficultés de fonds, difficultés de compétence, difficultés de procédure, il y a tout un trésor de notions précises, de notions positives à recueillir et à appliquer. Les impôts sur les personnes, sur les richesses, sur les jouissances, sur les consommations, sur les actes, les impôts dans toute la série de leurs classifications et la multiplicité de leurs détails, offrent des problèmes aussi ardus que variés.

Des trois intérêts que l'étude des impôts embrasse, l'intérêt politique n'est pas celui qui a obtenu dans le livre de M. de Parieu la plus large place. L'auteur semble notamment s'être imposé beaucoup de réserve sur l'emploi des taxes; il rappelle pourtant un mot bien juste d'un économiste, M. Wayland : « le peuple doit savoir pourquoi et pour combien il doit contribuer et aussi à quoi est dépensé le produit de sa contribution. » (*The elements of political Economy*, Boston, 1848.)

Digitized by Google

Peut-être la question des devoirs de l'État et de son droit d'intervention dans ce qui n'a pas essentiellement un caractère collectif, dans l'éducation par exemple ou dans l'assistance du pauvre, et la question d'organisation et de rémunération des services publics ont-elles paru à M. de Parieu trop amples, trop importantes, trop élevées pour être traitées accessoirement à la question financière, à laquelle elles sont mêlées, mais qu'elles dominent. J'affirmerais que M. de Parieu n'est pas de ceux qui professent que des taxes dont le produit est employé à entretenir, à grands frais, sans nécessité, sans utilité, une armée de fonctionnaires pour faire mal, ou du moins médiocrement, ce que des fonctionnaires moins nombreux et bien choisis feraient mieux, constituent le plus excellent des placements. L'idée que le montant des taxes est restitué en dépenses de luxe et devient ainsi un élément de la prospérité publique n'est plus à réfuter; la logique railleuse de Bastiat en a fait justice. Qui ne serait aujourd'hui d'avis avec Hamilton qu'aucun marchand ne se laissera prendre au langage de clients, qui prétendraient légitimer leurs soustractions dans sa caisse, en leur promettant qu'ils encourageraient son commerce par l'achat de ses marchandises? — Ce qui a été de la part de M. de Parieu l'objet d'un grand soin, c'est la recherche du meilleur moyen d'asservir l'impôt au principe de la justice et de l'égalité. Il s'est enquis des relations des taxes entre elles, de leurs effets moraux, de leur accord ou de leur désaccord avec les mœurs, avec la nature des richesses d'un pays, avec sa situation géographique et son système de gouvernement.

L'auteur n'a pas de dédain pour l'idée spéculative; il préfère la théorie à l'expédient, il ne croit pas que la science politique et le souci des principes excluent *l'art* des affaires. Sans y insister, il emprunte à l'Angleterre quelques exemples de penseurs éminents qui ont uni l'esprit philosophique à l'esprit pratique, d'hommes d'État qui ont eu le culte des lettres.

Sans affectation d'idolâtrie démocratique, M. de Parieu écrit sous une inspiration libérale.

L'intérêt économique a principalement préoccupé M. de Parieu, et, entre autres problèmes, ceux de la diffusion et de la répercussion de l'impôt, sur lesquels nous nous sommes laissé

Digitized by Google

entraîner à donner quelques indications bien incomplètes, ont été discutées et parfaitement élucidées.

Sur ce terrain, exploré à l'étranger, par Smith, par John Stuart-Mill, par M. Mac Culloch, par M. Rau, par Ricardo; en France par Say, par Rossi, par Proudhon, par M. Passy, par M. Thiers, par M. Baudrillart, par M. de Puynode et par M. Batbie, M. de Parieu s'est livré à d'importants développements.

M. de Parieu refute notamment l'opinion d'après laquelle l'impôt sur les terres passe dans le prix des produits, l'impôt sur les loyers dans le prix des loyers, l'impôt sur les patentes dans le prix des objets fabriqués ou vendus par les patentables.

Est-ce que tant que les terres imposées paraîtraient susceptibles d'une culture fructueuse, la moyenne des récoltes diminuerait et si elle ne diminuait pas, est-ce que le rapport entre l'offre et la demande serait changé?

La quantité d'un produit mis dans le commerce ne variant pas et le besoin de la consommation ne variant pas davantage, le prix de vente ne peut guère lui-même subir de variation.

Le locateur qui subit un exhaussement d'impôt sur ses maisons ne dicte pas la loi, quant au taux du loyer, au locataire qui reste libre de restreindre l'étendue et la commodité de son logement. Toutefois si la population s'accroît et qu'il y ait peu de constructions, l'impôt avec le temps pourra être rejeté sur les locataires.

L'impôt sur les consommations de nécessité absolue, ou seulement relative, est difficilement rejeté sur d'autres que les consommateurs. L'impôt sur les consommations de luxe restera au compte du producteur, s'il a pour effet de rendre ces consommations plus rares; il troublera le rapport de l'offre et de la demande.

L'exhaussement d'une taxe locale écarte les ouvriers de la localité qui le subit et, en restreignant le nombre des travailleurs, il élève naturellement le taux des salaires. Mais l'exhaussement d'une taxe générale, pesant sur un pays tout entier, ne généralise pas l'émigration, et, le nombre des ouvriers restant le même, les salaires ne s'accroissent pas avec les dépenses alimentaires.

M. de Parieu combat avec avantage sous ces rapports les solutions trop radicales de Jean-Baptiste Say et de M. Thiers.

Digitized by Google

l a le secret de se montrer profond, sans manquer aux exigences de la clarté et, quand on le lit, on n'acquiesce pas à cette idée ou à cette saillie d'un vif et éminent esprit « que « l'économie politique n'est autre chose que de la littérature « ennuyeuse. »

Je n'ai pas à dire que M. de Parieu combat, comme une injustice et comme un acheminement à la confiscation, la théorie de l'impôt progressif; qu'il est aussi l'adversaire de la théorie plus spécieuse de l'impôt unique. Il défend contre les objections dont ils sont l'objet, et par des raisons autres que celles déduites de leur nécessité, les impôts sur les transmisions de biens à titre gratuit, par donation, testament ou succession *ab intestat* et même les impôts sur les transmissions à titre onéreux.

Le donataire, le légataire, l'héritier ne tient pas sans doute son droit de la société, mais c'est à la société qu'il en doit la sanction et il aurait mauvaise grâce quand il s'enrichit à contester la légitimité d'un prélèvement au profit de l'État qui prête main-forte à son titre.

Quant à l'acquéreur à titre onéreux, il n'achète que parce qu'il assigne dans le présent ou dans l'avenir, au bien dont il devient propriétaire, une valeur au-dessus du prix qu'il consent payer, et la mutation est le plus souvent une garantie que la valeur de ce bien progressera sous l'influence de l'activité du nouveau possesseur. Il n'y a donc pas simple déplacement; il y a augmentation d'une portion de la richesse nationale.

M. de Parieu est sans doute un savant économiste, et dans les travaux politiques dont il est depuis longtemps chargé il a eu l'heureuse fortune d'appliquer et de fortifier l'aptitude qu'il avait pour une étude singulièrement favorisée par les tendances de la société au sein de laquelle nous vivons. Mais il est surtout un juriste, je l'appellerais volontiers un juriste de naissance, un juriste que la pratique n'a pas détourné de la spéculation philosophique et qu'elle a, au contraire, bien préparé à l'aborder. Il a réuni, c'est-à-dire rapproché toutes nos lois fiscales, et en a exposé tous les principes dont l'explication est éparse dans des traités spéciaux. Aucune taxe n'a échappé à son investigation; les taxes communales, les taxes départementales comme les taxes générales ont trouvé en lui un patient et habile interprète.

UNIV. OF MICH. LIBRARY

Digitized by Google

A la double lumière des précédents historiques et des législations étrangères, M. de Parieu a éclairé les complications de nos impôts si nombreux et si divers. Son livre sera d'une sérieuse et journalière utilité pour le magistrat, pour l'avocat, pour l'administrateur; il ne s'adresse pas seulement aux hommes d'État et aux publicistes.

Le style, pour lequel, avec toute la bonne grâce de la modestie, l'auteur sollicite l'indulgence, a du relief, une chaleur vraie. « Il y a certaines choses dont la médiocrité est insupportable, a dit La Bruyère, » le style est une de ces choses. Qu'importe qu'il soit grammaticalement irréprochable, s'il fatigue, et il fatigue quand il n'a ni couleur ni saveur. M. de Parieu écrit très-bien, à mon sens, puisqu'il se fait toujours lire avec intérêt; il a des qualités d'écrivain que je préfère de beaucoup à la terne monotonie d'une élégance plus académique.

A. BERTAULD.

ÉTUDE SUR LA CONDITION PRIVÉE DE LA FEMME

DANS LE DROIT ANCIEN ET MODERNE, ET EN PARTICULIER SUR LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN; mémoire couronné par l'Institut (Académie des sciences morales et politiques), par Paul GIDE, agrégé à la Faculté de droit de Paris [1].

Compte rendu
par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

L'Académie des sciences morales avait mis au concours l'histoire du sénatus-consulte Velléien. M. Gide qui a obtenu le prix publie aujourd'hui, sous un titre plus compréhensif, le mémoire couronné par l'Institut, élargissant ainsi le cadre sans le briser, profitant de l'intérêt général qu'offrait une question particulière pour traiter la question générale dans laquelle celle-ci était comprise. Idée heureuse qui, en justifiant l'Académie d'avoir proposé aux concurrents un sujet d'école, témoigne aussi d'une aptitude naturelle à discerner dans le détail le plus technique ce qu'il contient de curieux à étudier et

[1] Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 9, rue Cujas; Ernest Thorin, 58, boulevart Saint-Michel, libraires-éditeurs.

Digitized by Google

d'utile à extraire. Nous ne serons pas étonnés qu'elle ait été heureusement appliquée. Si parfois il arrive que celui qui conçoit une pensée ne sache pas l'exécuter, le plus souvent l'esprit va au-devant des desseins qui conviennent à ses dispositions et à ses forces. A ceux qui sont incapables de s'étendre ou de s'élever, la nature rend le service de leur cacher les côtés par lesquels un sujet permet d'aller haut ou loin.

Une courte et habile introduction est consacrée à poser le sujet, en montrant que, pour répondre à la pensée de l'Académie, il fallait dépasser les bornes étroites de sa question, puis à le recommander en faisant voir quel en est l'intérêt juridique et social. Le corps de l'ouvrage est divisé en quatre livres : *Antiquité, passage de l'antiquité aux temps modernes, nations étrangères, France.* Cette division est elle-même instructive. Le droit romain n'y a pas une place principale, il y en a une pour le droit français; le premier est compris parmi les législations antiques, le second est mis à part des législations modernes, et, dérogeant à l'ordre fréquemment suivi par ceux qui comparent celles-ci avec la nôtre, M. Gide commence par le dehors pour revenir au dedans, à ce qui nous régit, à ce qui nous devrait régir. Il passe, avec l'habileté consommée d'un maître en l'art de composer, entre deux écueils, une étude trop étroite où dominerait le droit romain, une étude trop générale où le droit serait effacé, n'offrant l'une ou l'autre que l'intérêt de l'histoire ou de la théorie. Tout est ramené à ce qui nous intéresse le plus, à nous-mêmes. Ainsi le livre offre le charme d'une érudition que ne souille ou n'alourdit aucun mélange de pédantisme, et le profit d'une expérience qui n'a rien retenu d'inutile.

Nous pouvons encore considérer d'un autre point de vue le livre de M. Gide. Notre société moderne et française, dans l'intérêt de laquelle nous travaillons, à laquelle nous rapportons toutes nos études, s'est formée sous la double action de la Grèce et de Rome d'une part, des mœurs germaniques d'autre part. Mais au début du livre, comme à celui de l'histoire, se place le peuple dont sont issues et la race gréco-latine et la race germanique, le peuple hindou. M. Gide retrouve chez lui le principe de l'infériorité naturelle de la femme, exclue des offices religieux et civils, toujours inca-

Digitized by Google

pable, uniquement destinée à perpétuer les familles[1], principe qui va dominer dans toutes les législations aryennes. Les familles se séparent, l'unité de type n'est plus révélée que par des traits profonds et primitifs, de plus en plus difficiles à saisir sous les différences que le temps et la dispersion, puis le renouvellement des nations, rendent de plus en plus sensibles. Ce sont désormais ces différences qu'il est important de faire ressortir. Après l'étude des sociétés grecque et romaine, vient celle du monde barbare, qui offre un contraste si étonnant avec les premières au commencement de l'ère chrétienne, au moment où la Germanie entre dans l'histoire, pour la remplir bientôt. Quand l'auteur passe à l'examen des peuplades barbares et des nations civilisées qui en sont sorties, il choisit l'extrémité opposée à celle du monde romain. « Si l'on est curieux de contempler dans sa pureté première et à sa source même ce droit germanique que la civilisation moderne s'est assimilé en le transformant, on n'a qu'à ouvrir les anciens Codes de la Suède, de la Norwége et de l'Islande[2]. » Aussi attachés au passé que les Scandinaves eux-mêmes, les Anglais ont de plus qu'eux l'esprit de réforme. Le droit germanique y subsiste, mais profondément modifié par les idées féodales, que le génie plus doux et plus libéral des temps modernes adoucit à son tour ; le droit romain et le droit canonique n'ont pas d'action sur cette législation formée par les mœurs plutôt que par la science[3]. En Allemagne, « au centre de l'Europe, il y a eu comme un confluent de tous les courants d'idées partis du nord et du midi; le droit germanique et le droit romain, le droit féodal et le droit canonique se sont rencontrés, et de ce conflit de principes rivaux, est sortie une législation complexe et mélangée, parfois même disparate et contradictoire[4]. » De l'Allemagne, l'auteur se transporte dans ces deux pays, l'Italie et l'Espagne, dominés si longtemps, si exclusivement par le droit romain et par le droit canon. C'est alors qu'il revient à la France, où se sont réunis, comme dans l'Allemagne, les divers éléments fournis par le nord et par le midi, mais où ils se sont fondus « en un seul corps de droit,

[1] P. 52 et suiv.
[2] P. 250.
[3] P. 269-295, *passim*.
[4] P. 296.

Digitized by Google

solide et homogène, » grâce à « un puissant esprit de centralisation [1]. » Quoi de plus ingénieux que ce plan qui nous fait trouver l'unité au point de départ et au point d'arrivée, en montrant au début l'origine commune des races helléniques ou italiques et des races germaniques, à la fin leur commune influence sur notre législation, celle où précisément leurs institutions se sont combinées dans les proportions les plus justes?

Une institution importante offre l'image réduite, mais fidèle, de la législation où sa place est marquée; les mêmes traits y révèlent le même esprit. M. Gide, cherchant quelle fut la condition de la femme chez des peuples différents et nombreux, commence par donner une idée générale de leur législation; il en trace même la rapide histoire, il en observe les changements et les progrès, pour reconnaître les mouvements parallèles qui se sont produits dans la partie spéciale dont il s'occupe; il suit le fleuve pour y suivre un courant. C'est trop peu; quand on étudie les lois dans le détail, il n'est pas besoin de chercher autre chose que les textes ou les principes juridiques; la législation ne se suffit plus à elle-même, dès qu'on en considère l'ensemble ou qu'on y prend un sujet qui touche à l'état social; pour en avoir la pleine intelligence, il est nécessaire d'embrasser l'histoire politique et privée, de remonter à l'antique origine, de pénétrer dans les mœurs intimes. Nous nous permettons ici de dire, non ce qu'il faut traiter, mais ce qu'il faut toucher, avec précision et avec ménagement, sans perdre de vue le sujet principal, en laissant au second plan bien des idées importantes par elles-mêmes, bien des faits curieux, en se bornant à indiquer ce qu'on a laborieusement approfondi. Avons-nous besoin de dire que M. Gide a satisfait à toutes ces conditions? Nous n'avons eu qu'à résumer les impressions que nous a laissées son œuvre. Elle témoigne d'une lecture très-vaste, de connaissances très-sûres, même en dehors du droit, en histoire, en linguistique; mais le témoignage est discret; rien ne paraît excessif ou oiseux, tant le lien caché qui unit ici des idées ordinairement fort éloignées les unes des autres est solide et fort.

C'est ainsi que l'auteur, pour montrer en quoi la Grèce se rapproche et en quoi elle diffère de l'Orient, pénètre l'esprit

[1] P. 296.

Digitized by Google

de sa constitution, de ses mœurs politiques et judiciaires, de sa législation ; il arrive à cette conclusion, d'une justesse frappante : « Tel est en résumé le double caractère que présente la cité grecque. L'État y est à la fois aussi envahissant qu'aucun despote oriental, aussi libéral qu'aucune démocratie moderne, » et il rattache à son sujet cet examen préliminaire, en ajoutant : « Nous avons maintenant à rechercher comment ces deux caractères opposés du droit public ont influé, dans des sens divers, sur la condition privée de la femme [1]. » Nous signalerons aussi une page très-remarquable sur l'analogie qu'offre la marche du droit anglais avec celle du droit romain [2] : cette analogie, plusieurs fois aperçue, n'a jamais été si bien expliquée ni si complétement prouvée. C'est comme un sujet accessoire que l'auteur se donne dans tout son chapitre et qu'il traite sans faire tort au sujet principal. *Nihil a se alienum putat.* On ne s'attendait pas à entendre parler des romans anglais ou de la peinture flamande dans un livre consacré au sénatus-consulte Velléien, et cependant on ne s'étonne point quand l'auteur vient à dire : « Des sentiments inconnus à l'antiquité classique ouvrirent aux lettres et aux arts de nouveaux horizons ; le peintre en Hollande, le romancier en Angleterre, surent pénétrer dans l'ombre du foyer et en révéler pour la première fois la poésie intime et cachée. Fidèles images des mœurs comme les lettres et les arts, les lois civiles devaient subir une révolution analogue ; elles devaient, elles aussi, devenir domestiques. Issues de cette transformation, la communauté et l'autorité maritale sont les deux plus grandes institutions civiles qu'aient fondées les sociétés modernes [3]. »

Le plan adopté par M. Gide offre un danger, qu'il a évité le plus souvent, mais non pas toujours. Le besoin de généraliser, de faire une théorie, mène quelquefois à sacrifier, tout au au moins à violenter l'exactitude. L'esprit, quand il est prévenu d'une idée générale, est disposé à en trouver partout la confirmation. M. Gide est très-scrupuleux, très-exact, mais, sur quelques points, il nous semble que ses assertions sont aussi faciles à contester qu'à soutenir. Il veut, à tout prix,

[1] P. 72.
[2] P. 270 et suiv.
[3] P. 581.

Digitized by Google

trouver des ressemblances entre la Grèce et Rome, montrer que « l'organisation de la famille repose chez les deux peuples, sur la même base... Le même mot, dit-il [1], dans chacune des deux langues, désigne à la fois et le patrimoine, et la maison, et tous ceux qui l'habitent, » et, en note, il écrit... « Οἶκος, *familia.* » Nous ne croyons pas que le mot *familia,* en latin, ait jamais designé la *maison,* ni que le mot οἶκος, en grec, ait jamais signifié *ceux qui l'habitent.* Ce sens n'est pas indiqué par l'article consacré au mot οἶκος par le *Thesaurus græcæ linguæ* [2]. Quelques lignes plus haut, nous trouvons ce qui suit : « A Rome comme à Athènes, le père de famille (est) un sacrificateur qui réunit sous la même autorité sacrée femmes, *enfants*, *esclaves*, et en dispose comme de son bien, » et l'auteur nous renvoie à la page 27 où il dit : « Chez les Grecs, le même mot désigne le droit du mari sur sa femme, du père sur son *enfant* et du maître sur son esclave. » Et en note : « *Kyrios ;* il en est de même du mot *potestas* chez les Romains. Le pouvoir de vendre ses *enfants* à Athènes ne fut aboli que par Solon. Plutarque, *Solon,* 13. » M. Gide tient à établir que « l'omnipotence du père de famille n'est point une création de la loi romaine, qu'elle est le principe même du régime patriarcal et qu'il n'est pas un peuple qui, en remontant à ses origines, ne pût en retrouver les traces [3]. » Tout au moins faut-il reconnaître et M. Gide reconnaît lui-même que, à l'époque où la Grèce a une histoire et une législation, la puissance ne s'exerce plus sur les fils [4]. Il est vraisemblable qu'elle n'avait jamais été aussi forte qu'à Rome, autrement elle n'aurait pas disparu si vîte et sans laisser de trace : au temps des orateurs attiques, le fils est complétement libre de se marier sans le consentement de son père [5]. Le texte unique cité par M. Gide n'a rien de décisif. « Il (Solon) défend de vendre ses filles ou ses sœurs, dit Plutarque [6], sinon que le père

[1] P. 96.
[2] Paris, Didot, 1842-1846.
[3] P. 104.
[4] P. 70.
[5] Arg. Isée sur l'hér. de Ménéclès, § 6. — Démosthène contre Bæotus, *De dote materna,* p. 1010 et 1011, éd. Reisk.
[6] L. C., trad. d'Amyot. — Cf. M. Grote, *Histoire de la Grèce,* partie II, ch. 11, t. II, p. 337.

Digitized by Google

ou le frère eussent trouvé qu'étant à marier, elles eussent forfait à leur honneur. » C'étaient les filles et non les fils, les sœurs et non les enfants, dont Solon interdisait la vente. Ce texte, fort important pour qui étudie la condition des femmes, n'a pas trait à la puissance paternelle. Remontons plus haut, jusqu'aux poëmes homériques; ils devraient offrir des témoignages nombreux d'une puissance qui aurait joué un rôle si considérable dans la vie patriarcale; ils n'y font pas la moindre allusion [1]. Nous aurions voulu que M. Gide citât les textes où le mot κύριος désigne le pouvoir du père sur les enfants, y compris les fils. Nous l'avons rencontré souvent, mais avec un sens tout différent, indiquant la personne à la disposition de laquelle la femme se trouve pour tel ou tel acte de la vie civile, pour le mariage, pour un procès, etc. La signification donnée par M. Gide ne se trouve pas non plus dans l'article Κύριος du *Thesaurus* [2].

Quand M. Gide nous dit : « Un habitant d'Athènes souffrait-il un dommage dans sa personne ou *dans ses biens*, chacun pouvait agir en justice pour réparer l'injure [3], » il dépasse encore la juste mesure. Un dommage causé aux biens d'une personne n'autorisait pas toute autre personne à agir : « Πληγέντος ἑτέρου καὶ βλαβέντος καὶ βιασθέντος, » dit Plutarque [4], que M. Gide cite lui-même en note. N'est-ce pas un commentaire de ses expressions que nous fournit Isocrate : « Vous reconnaîtrez que vos législateurs ont surtout veillé *sur les corps?...* » Dans les autres accusations, l'auteur du délit ne peut être poursuivi que par celui qui en a souffert; l'outrage, au contraire, est regardé comme nous intéressant tous, et il est permis à un citoyen quelconque de former sa plainte devant les thesmo-

[1] Voici ce que dit M. Grote dans le chapitre intitulé *État de la société et des mœurs d'après les légendes grecques* (part. I, ch. 20) : « L'autorité paternelle est profondément respectée : ce fils, parvenu à l'âge mûr, rend en affection à ses parents les soins que leur a imposés son enfance, et la langue a un mot spécial pour désigner cette dette (θρέπτρα). » T. I, p. 475 et note 1. — Il y a loin des θρέπτα à la puissance paternelle.

[2] Κύριος *item dicitur esse alicujus, qui eum habet in potestate, ut* ἐπίτροπος. Ἐπίτροπος *pupillorum*, κύριος *mulierum* (*virginum nuptarum, viduarum*), *rarius pupillorum, curatores seu tutores dici solent*, etc.

[3] P. 68.

[4] *Solon*, XVIII, 6.

Digitized by Google

thètes pour se présenter devant vous[1]. » Démosthène s'exprime ainsi dans son beau plaidoyer contre Midias : « Tous les actes faits avec violence, aux yeux du législateur, sont des crimes publics, commis même contre ceux qu'ils ne touchent pas, car il savait que la force appartient au petit nombre, les lois à tous, et que, si les ressources privées suffisent à celui qui s'est laissé tromper, la protection publique est nécessaire à celui qui a subi une violence. Voilà pourquoi il a ouvert à tous les accusations fondées sur l'outrage[2]. » Et la loi citée par Démosthène commence par ces mots : « Si une personne en outrage une autre, enfant, femme, homme, libre ou esclave, ou fait contre elle un acte défendu par la loi[3]. » Ulpien, dans son commentaire sur ce passage, dit : « La violence est celle des coups : ὕβρις μὲν γὰρ καὶ ἡ τῶν πληγῶν, » et, s'il indique un autre sens, c'est celui d'un commerce honteux imposé à un esclave. N'exagérons pas la disposition du peuple athénien à confondre l'individu dans l'État.

Il est une question d'une tout autre importance sur laquelle nous ne pouvons accepter l'opinion professée par M. Gide. Il s'exprime ainsi : « Dans la croyance générale de l'antiquité, il y a eu une époque antérieure à toute civilisation où les rapports entre les deux sexes n'étaient encore réglés ni par les lois ni par les mœurs[4]; » et un peu plus loin, d'un ton plus affirmatif : « Tous nos documents sont d'accord, et voici en résumé ce qu'ils nous déclarent : c'est qu'il y a eu, du moins pour une partie considérable de l'humanité, une première période, période de désordre et, pour ainsi dire, de chaos moral, où les saintes lois de la famille étaient inconnues[5]. » En un mot, il croit que la communauté des femmes se retrouve à l'origine de toutes les sociétés, et se fonde sur des témoignages qu'il déclare unanimes, en écartant ainsi celui de la Genèse : « Les hommes n'oublièrent-ils pas cette institution divine lorsqu'ils se furent dispersés sur la terre et qu'ils provoquèrent par leur impiété de si terribles manifestations de la colère divine? »

[1] Contre Lochitès, § 4, éd. Steph., p. 395 et 396.
[2] § 13, éd. Reisk, p. 526.
[3] § 14.
[4] P. 21.
[5] P. 23.

Digitized by Google

Sans doute les arguments *à priori* ne valent rien en histoire. Cependant il faut bien reconnaître que la doctrine proposée par M. Gide est embarrassante. Qu'un peuple s'élève de la polygamie à la monogamie, on le comprend encore; chez lui, l'idée essentielle, celle du mariage, existe ; il n'a qu'à la dégager d'un alliage impur; il sait ce qu'est la famille, et pourtant les exemples sont-ils nombreux d'une pareille transformation? Nous mettons à part les nations telles que les Germains, où la polygamie n'était qu'une exception, qu'un privilége. Le voisinage des nations chez qui l'on pouvait apprécier les bienfaits de la monogamie n'a guère eu d'influence sur celles qui avaient fait de la polygamie leur institution de droit commun. Mais qu'un peuple livré à la communauté des femmes, ou plutôt que le monde entier, ayant commencé par cette déplorable promiscuité, ait deviné le mariage, cela se peut-il concevoir? Quel législateur de génie, vraiment inspiré par Dieu, eût aperçu d'avance les effets d'une telle institution partout inconnue? Par quel prodigieux effort d'intelligence et de courage un peuple se fût-il rendu à ses raisons ou prêté à son expérience? S'il y avait eu un modèle unique dans le monde, on comprendrait qu'il eût été suivi; avec quelle peine, on ne saurait le dire. Mais où ce modèle aurait-il existé ?

Voyons si l'antiquité a eu vraiment cette croyance générale à la communauté des femmes. Tout ce qu'il est permis de conclure des textes assez nombreux cités par M. Gide, c'est que des auteurs en ont parlé comme d'une institution en vigueur chez quelques peuples. Encore l'ont-ils trouvée extrêmement bizarre et ont-ils eu parfois le soin de faire observer combien les preuves qu'ils en avaient étaient peu dignes de foi[1]. Mais aucun des écrivains antiques n'a émis cette proposition qu'elle aurait régné à l'origine dans le monde entier. Les grands historiens grecs ou latins se sont bien gardés de la placer au début de leurs annales. Elle n'est pas indiquée dans cette courte, mais énergique description que Thucydide a laissée de la vie primitive chez les Grecs[2].

Bien plus, nous pouvons affirmer que, dans la croyance des

[1] Strabon, liv. IV, ch. 5, n° 4 ; à propos de l'Irlande et des petites îles qui sont voisines de la Bretagne : Ταῦτα δ' οὕτω λέγομεν, ὡς οὐκ ἔχοντες ἀξιοπίστους μάρτυρας.

[2] I, 2.

Digitized by Google

Grecs et des Italiens, le mariage avait de tout temps existé chez eux. S'il en avait été autrement, les premiers auraient-ils imaginé ces généalogies de père en père, par lesquelles ils remontaient des hommes jusqu'aux dieux, et de ceux-ci à des dieux plus anciens? Deucalion était fils de Prométhée, qui lui-même devait le jour à Japet : *Audax Iapeti genus.* A l'appui de son opinion, M. Gide n'a recueilli sur la Grèce et sur l'Italie que deux témoignages qui nous paraissent dénués de valeur. Athénée rapporte que « Cécrops le premier unit l'homme à la femme en leur imposant une fidélité mutuelle; car jusque-là les rapports entre les deux sexes étaient sans règle et sans loi, et nul enfant ne pouvait reconnaître son père[1]. » Cécrops a-t-il jamais existé, ce héros, moitié homme, moitié serpent, sous qui eut lieu le différend de Neptune et de Minerve? D'après Pausanias, il était parvenu au trône en épousant la fille du roi Actéus, ce qui prouverait qu'il trouva déjà établi le mariage dont il sut tirer un parti si avantageux[2]. Lequel des deux faut-il croire, Pausanias ou Athénée? ou plutôt lequel des deux nous rapporte la tradition la plus répandue? Peut-être Cécrops imagina-t-il certaines formes qui furent observées après lui, ou les Athéniens attachèrent-ils son nom à celles qu'ils s'imposèrent eux-mêmes. Le témoignage d'Athénée n'aurait de valeur qu'autant qu'il nous révélerait, à défaut d'un fait certain, une opinion unanime; or il est unique et contredit. « L'historien Théopompe, continue M. Gide, parle presque dans les mêmes termes des premiers habitants de l'Italie. Chez les Tyrrhéniens, dit-il, la loi voulait que toutes les femmes fussent communes; tous les enfants aussi étaient élevés en commun, car nul ne pouvait savoir de quel enfant il était père[3]. » Peut-être cette assertion de Théopompe doit-elle être rangée parmi « les fables innombrables » que Cicéron[4] se plaignait de trouver chez cet auteur. En tout cas, le passage révoltant où il nous parle de la prétendue loi tyrrhénienne qui aurait établi la communauté des femmes nous retrace, non l'état sauvage d'un peuple primitif, mais la dernière corruption d'une nation perdue dans les excès et

[1] Athénée, XIII, 2. — M. Gide, p. 19.
[2] I, 2.
[3] Athénée, XII, 14.
[4] *De legibus*, I, 1, 4.

Digitized by Google

consommée dans les arts de la débauche. Après l'avoir lu, on demeure convaincu que Théopompe a pris la débauché pour une institution. Il dit que les femmes ne se contentent pas de leurs maris. S'il y avait eu une loi qui eût établi la communauté des femmes chez les Tyrrhéniens, le mariage aurait-il existé chez eux?

En ce qui touche les peuplades, soit primitives, soit abruties, dont parlent Hérodote, Strabon, etc., il y aurait encore quelques objections à présenter. Qu'un certain nombre ait admis la communauté des femmes, nous ne le contestons pas; mais M. Gide a peut-être augmenté la liste qu'il trouvait chez les anciens. Il s'autorise d'Hérodote pour ranger les Nasamons parmi les peuples qui n'ont pas connu le mariage. Voici ce que dit Hérodote : « Ils ont coutume d'avoir chacun plusieurs femmes... Lorsqu'un Nasamon se marie pour la première fois, la première nuit de ses noces la mariée se donne à tous les convives et chacun lui fait un présent qu'il a apporté de sa maison[1]. » C'est un singulier mariage, mais c'est un mariage. Les Nasamons connaissent la famille, car ils respectent les tombeaux de leurs ancêtres. Ailleurs, l'auteur nous parle des peuples qui bordent la mer Caspienne, mais Hérodote ne dit pas que, chez eux, les femmes soient en commun; on lui a seulement assuré que le commerce conjugal y avait lieu publiquement[2]. Sans doute cette barbarie est digne de peuples qui ne connaissent pas le mariage, mais on la retrouve chez les Nasamons[3], chez certains Indiens[4]. Faut-il croire que la communauté ait régné sur « l'immense plateau de la Scythie, » comme l'affirme l'auteur d'après une phrase incidente de Strabon? Le témoignage d'Hérodote est sans doute préférable et certainement antérieur à celui de Strabon. Il dit des Massagètes : « Ils épousent chacun une femme, mais elles sont communes entre eux; c'est chez les Massagètes que s'observe cette coutume et non chez les Scythes, comme le prétendent les Grecs[5]. » Il a étudié avec détail les mœurs des Scythes et des peuples leurs voisins, au livre IV; il ne signale la com-

[1] IV, 172.
[2] I, 203.
[3] *Loc. cit.*
[4] III, 101.
[5] I, 216.

Digitized by Google

munauté que chez un de ces derniers, les Agathyrses[1]. Au contraire, il nous parle des Issédons, chez qui les femmes ont autant d'autorité que les hommes, mais qui font des sacrifices solennels à la mort de leurs pères et qui en célèbrent l'anniversaire[2]; des Scythes qui regardent la Terre comme la femme de Jupiter[3], qui, dans la fosse du roi mort, jettent une de ses concubines après l'avoir étranglée[4]. Les Scythes recherchent la parenté en ligne paternelle pour établir la généalogie, comme le prouve ce que nous dit Hérodote d'Anacharsis[5] et de Scylès[6]. Il rapporte que ce dernier épousa Opæa, Scythe de nation, qui avait été femme de son père. Enfin, il s'occupe du peuple sauromate, issu de l'union des jeunes Scythes avec les Amazones, et nous dit que les filles de ce peuple ne peuvent se marier sans avoir tué un ennemi[7]. Ces détails permettent d'assurer que le mariage existait dans la Scythie; un seul des peuples nombreux qui l'habitaient ou l'avoisinaient s'en était débarrassé; tous cependant devaient être à peu près dans le même état de civilisation.

M. Gide se prévaut en outre de ce que certains peuples ont accordé aux femmes une autorité égale ou supérieure à celle des hommes, de ce qu'ils ont compté les généalogies par les mères. « Des textes non moins concordants, dit-il[8], et non moins nombreux nous représentent la femme chez ces mêmes peuples comme indépendante de l'homme et parfois même plus puissante que lui. Nulle autorité ne pèse sur elle dans une société où les pouvoirs domestiques et les pouvoirs publics sont également inconnus; c'est à elle qu'appartiennent les enfants puisqu'ils n'ont point de père; c'est par elle que se comptent les généalogies. » Voici comment raisonne le savant auteur : ce résultat s'est produit partout où la communauté des femmes a existé; la communauté des femmes a existé ou dû exister, partout où ce résultat s'est produit; et

[1] IV, 704.
[2] IV, 26.
[3] IV, 59.
[4] IV, 71.
[5] IV, 76.
[6] IV, 78.
[7] IV, 114-117.
[8] P. 20.

Digitized by Google

ce raisonnement lui permet d'enrichir sa liste déjà si longue en y comprenant les Lyciens, les Locriens, les Xanthiens, etc., chez lesquels il trouve établie la prédominance du sexe féminin. Nous nous permettrons de constater et l'exactitude des deux propositions et la valeur de la conclusion qui en est tirée. Une objection nous frappe *à priori*. Si le monde entier a commencé par la communauté des femmes et si cette communauté a partout assuré à celle-ci la supériorité sur les hommes, comment est-on passé de cet état primitif à l'état patriarcal, qui y est si contraire, du pouvoir des femmes à leur complet assujettissement ? Nulle trace n'est restée d'une si étonnante révolution. Cependant ceux ou celles qui ont l'autorité ne s'en laissent pas dépouiller sans peine. Comment se ferait-il qu'ici les femmes l'eussent retenue, tout en s'engageant dans le mariage, que là elles fussent descendues au rang de filles ou tombées à celui d'esclaves ? La première proposition n'est point parfaitement exacte ; chez ces peuples d'Afrique qui avaient les femmes en commun, « quand les enfants étaient grands, on les menait à l'assemblée que les hommes tenaient tous les trois mois, et celui à qui un enfant ressemblait passait pour en être le père [1]. » Ce passage d'Hérodote montre que ces peuples attachaient une grande importance à la paternité et que les assemblées y étaient tenues par les hommes. Chez les Agathyrses, d'après Hérodote, chez les Scythes, d'après Strabon, les femmes étaient communes, mais ni l'un ni l'autre de ces auteurs ne prétend que l'empire leur ait appartenu. Est-il vrai, d'autre part, que la communauté des femmes ait existé ou dû exister dans tous les pays où leur supériorité a été reconnue, où elles ont donné à leurs enfants leur état, leur race et leur nom ? Le mariage, sans nul doute, était connu depuis longtemps chez les Locriens, chez les Xanthiens, chez les Lyciens, de qui Hérodote nous dit : « Si une femme du pays épouse un esclave, ses enfants sont réputés nobles. Si, au contraire, un citoyen se marie à une étrangère ou prend une concubine, ses enfants sont exclus des honneurs [2], » chez les Cantabres, qui avaient admis que « le mari apportât une dot à la femme, que les filles fussent instituées héritières

[1] Hérodote, IV, 180.
[2] I, 175.

Digitized by Google

et mariassent leurs frères, » qui reconnaissaient, en un mot, une certaine domination des femmes, contraire aux règles de la société [1]. Il n'y avait pas lieu de croire que la civilisation des Lyciens et des Cantabres ait été moins avancée que celle de leurs voisins, ni moyen d'expliquer pourquoi ils auraient retenu seuls un vestige partout effacé d'un état primitif qui aurait été commun à tous les peuples. Écartons ce qui touche à la prédominance des femmes; attachons-nous à cette règle suivie par quelques peuples que les enfants sont dans la famille de leur mère. Elle n'est pas incompatible avec l'idée du mariage; elle en suppose seulement une idée peu élevée. Nous vivons depuis des siècles sous l'empire de la présomption *pater is est, quem nuptiæ demonstrant;* nous la considérons comme essentielle à l'union conjugale. Cette présomption *admise chez tous les peuples,* disait Bigot-Préameneu [2], est devenue une règle d'ordre public, dont l'origine, comme celle du mariage, se perd dans la nuit des temps. Mais c'est chez les Romains qu'elle a été exprimée pour la première fois, au grand honneur des matrones. Qu'on en cite l'équivalent même dans les lois grecques. Pour l'accepter, disons mieux, pour l'imaginer, il a fallu avoir une confiance entière, dans la vertu des épouses. Cette confiance ne peut s'établir que là où la femme est respectée, regardée comme capable de vertu. Rien d'étonnant à ce qu'elle n'ait pas existé dans les pays où la femme était méprisée, dans l'Orient.

Ce qui est vrai, ce qui doit humilier suffisamment l'humanité, c'est qu'elle s'est fait longtemps et en beaucoup de pays une idée imparfaite et impure du mariage; ici, les femmes, quoique mariées, ont été autorisées, encouragées même à se livrer à des étrangers; là on n'a pas osé croire à la fidélité qui leur était imposée, et le moyen qu'on a trouvé de ne méconnaître pas la véritable paternité, a été de ne pas rechercher le père, ou d'attendre soit sa déclaration spontanée, soit un indice fortuit.

De l'humanité à son berceau M. Gide rapproche l'humanité demeurée à l'état primitif dans les tribus sauvages. Il y re-

[1] Liv. III, chap. IV, 18 : Ἔχει γάρ τινα γυναικοκρατίαν· τοῦτο δ' οὐ πάνυ πολιτικὸν.

[2] Exposé des motifs du titre de la Paternité et de la Filiation.

Digitized by Google

trouve encore la communauté des femmes généralement admise. Nous ne saurions laisser passer sa nouvelle assertion. Tous les témoignages qu'il cite se rapportent à l'Océanie. Il n'en rapporte pas un sur l'Amérique. Or l'Amérique, tout au moins cette île où Colomb a d'abord planté le drapeau espagnol, n'était-elle pas sauvage? Les mœurs des aïeux s'étaient fidèlement conservées jusqu'à la fin du siècle dernier, dans ce qui restait encore des indigènes. « En Amérique, disait le consciencieux Robertson [1], *parmi les tribus les plus barbares*, l'union de l'homme et de la femme était soumise à des règles, et les droits du mariage étaient reconnus et fixés. Dans les contrées où les moyens de subsister étaient peu nombreux, et où les difficultés d'élever une famille étaient par conséquent très-grandes, l'homme se bornait à une seule femme. Dans les climats plus chauds et plus fertiles, la facilité de se procurer des subsistances, jointes aux influences du climat, portaient les habitants à augmenter le nombre de leurs femmes. » Voilà ce que l'histoire nous dit du XVIe siècle. Le Père Lafiteau n'est pas moins explicite. Il nie qu'il y ait eu une seule nation chez qui le mariage n'ait pas existé [2]. « On trouve dans toute l'Amérique, dit-il [3], la polygamie et la monogamie, » et plus loin. « Où la pluralité est autorisée, parmi toutes les femmes il y a toujours une principale épouse, dont le mariage est plus solennel [4]. »

Est-ce la débauche ou la communauté des femmes que Bougainville et Cook ont trouvée en Océanie même, à Taïti? « La *polygamie* paraît générale chez eux (les Taïtiens), dit le premier [5], du moins parmi les principaux... Je ne saurais assurer si le mariage est un engagement civil ou consacré par la religion, s'il est indissoluble ou sujet au divorce; quoi qu'il en soit, les femmes doivent à leurs maris une soumission entière : elles laveraient de leur sang une infidélité commise sans l'aveu de l'époux. Son consentement, il est vrai, n'est pas difficile à obtenir, et la jalousie est ici un sentiment si étranger, que le mari est ordinairement le premier à presser

[1] *Histoire d'Amérique*, liv. 10, trad. de M. Buchon, n° 11, p. 546.
[2] *Mœurs des sauvages américains*, édit. 1724, t. I, p. 228.
[3] P. 245.
[4] P. 244.
[5] *Voyage autour du monde*, 1766-1769, t. II, ch. 3, p. 86 et 87.

Digitized by Google

sa femme de se livrer... » Dans le troisième voyage de Cook, nous lisons qu'un jeune homme obtient une jeune fille en donnant au père de celle-ci quelques-uns des objets réputés nécessaires dans le pays : « Si sa maîtresse devient grosse, il est le maître de tuer l'enfant et de continuer les liaisons avec sa mère ou de l'abandonner. Mais s'il adopte l'enfant et s'il ne lui ôte pas la vie, il est censé marié, et il garde communément sa femme le reste de ses jours [1]. » Faut-il ajouter que les voyageurs parlent fréquemment de peuplades beaucoup plus sauvages que celles de Taïti, sans observer que les femmes y soient communes, et même en rapportent des détails qui prouvent l'existence du mariage?

Un grand nombre de tribus sauvages, celles de l'Afrique, les populations du Malabar, presque toute l'Amérique, ont appelé à succéder au trône des parents par les femmes [2]. Nous ne ferons pas difficulté d'admettre que des peuples étrangers au christianisme et à la civilisation n'ont pu comprendre le mariage avec toute sa pureté, sans prétendre qu'ils l'aient absolument ignoré.

Quelle conclusion tirer du long développement qui précède? Selon nous, il n'est aucunement prouvé que la communauté des femmes ait été l'état primitif du genre humain tout entier. L'opinion contraire nous semblait *à priori* beaucoup plus vraisemblable, et sans pouvoir traiter à fond une si vaste et si difficile question, nous avons indiqué les raisons principales qui nous font croire qu'elle est vraie.

Ce n'est pas seulement un traité, c'est une histoire qu'a faite M. Gide. On la suit avec un vif intérêt; on y trouve un nœud, des péripéties, un dénoûment. Ce n'est pas le sexe féminin qui en fait le sujet; c'est la femme qui en est l'héroïne, une personne vivante, à laquelle il est impossible de ne pas s'attacher. Les dissertations n'interrompent pas le cours du récit; il y en a beaucoup moins dans ce livre de droit que dans certains ouvrages d'imagination. En le lisant, nous pensions aux romans de chevalerie, et nous trouvions comme une vérité profonde cachée sous des symboles auxquels les auteurs n'attachaient certainement pas un sens mystérieux.

[1] T. IV, ch. 9.
[2] Le P. Lafiteau, *l. c.*, p. 74.

Digitized by Google

Ces princesses persécutées par un tyran ou par un enchanteur, errantes, quand elles ne sont pas captives, qui ne s'échappent d'une prison que pour tomber dans une autre, qui ont besoin de passer à travers les souffrances dont la narration remplit de gros volumes pour voir luire le jour de la délivrance et respirer dans les bras d'un héros libérateur, représentent fidèlement la femme, partout abaissée et malheureuse, au nord comme au midi, retenue dans les liens de la captivité matérielle ou de l'assujettissement moral, essayant quelquefois de recouvrer sa liberté, mais s'égarant dans de honteux désordres, s'élevant peu à peu et sortant de l'humiliation où elle était plongée, mais n'ayant d'autres protecteurs que la raison et le temps qui ne font pas d'exploits et dont le triomphe est bien lent, s'il est parfaitement sûr.

Ce triomphe, c'est l'émancipation de la femme. On a déjà beaucoup fait pour y travailler, il reste encore beaucoup à faire. Non-seulement M. Gide demande que le sénatus-consulte Velléien ne soit pas rétabli et que la femme ne soit frappée d'aucune incapacité, même partielle, à raison de son sexe ; mais, dans le mariage même, il la veut aussi libre, aussi capable qu'il est possible. Ce n'est pas qu'il propose la suppression de l'autorité maritale, il en proclame la nécessité, il la regarde comme étant un progrès, ou du moins comme liée à un progrès. Ce qu'il y a de plus honorable et de plus avantageux pour la femme mariée, ce qu'elle doit au progrès des mœurs et des lumières, au christianisme surtout, c'est d'être associée, non asservie ou séparée d'intérêts ; or à une association il faut un chef, et le chef de cette association conjugale ne peut être que le mari. Tout pouvoir doit restreindre l'indépendance de celui qui y est soumis, mais les restrictions doivent être mesurées sur ce que demande l'exercice de ce pouvoir. Fort de ce principe, M. Gide exprime le vœu que, dans l'organisation de la puissance maritale, on fasse disparaître les dispositions qui tendent à protéger la femme comme incapable, non à la maintenir dans sa position nécessairement subordonnée. « La capacité naturelle de la femme, dit-il [1], loin d'être amoindrie, ne peut qu'être accrue par le mariage. Mais en acceptant ce principe, nous sommes contraints d'en accepter

[1] P. 535.

Digitized by Google

aussi toutes les conséquences; elles ne vont à rien moins, on le sait, qu'à introduire dans les dispositions du Code Napoléon sur l'autorité maritale trois modifications importantes :1° supprimer la spécialité de l'autorisation; 2° affranchir de toute autorisation la femme dont le mari est absent ou incapable; 3° priver la femme qui a traité sans cette autorisation de l'action en nullité et n'accorder cette action qu'au mari. »

La première de ces propositions nous suggère au moins deux réflexions : M. Gide supprime la nécessité d'une autorisation spéciale, c'est-à-dire qu'il permet au mari d'accorder à la femme une autorisation générale, quand il s'en rapporte à la prudence de celle-ci; mais il ne nous apprend pas si cette autorisation générale pourrait être accordée par le contrat de mariage et devenir irrévocable. Grave question, qui touche non-seulement à l'exercice, mais encore à l'existence du pouvoir marital ! Sera-t-il permis au mari d'abdiquer par avance et pour jamais son autorité avant de connaître réellement la personne sur laquelle elle doit s'exercer, sans pouvoir la reprendre si la liberté donne lieu à des abus ? Il nous serait très-difficile d'admettre un tel système, et nous croyons qu'il faudrait maintenir la disposition de l'article 1388. « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ou qui appartiennent ou mari comme chef..... » En second lieu, il nous semble que l'autorisation spéciale devrait toujours être exigée pour l'acceptation d'une donation faite à la femme; ce qui la rend nécessaire dans ce cas, c'est une raison de morale, d'ordre public: le mari ne peut renoncer au droit d'examiner les motifs d'une libéralité offerte à celle qui porte son nom.

Un peu plus loin, M. Gide nous dit: « De toutes les conséquences du système qui conserve à la femme sa capacité jusque sous la puissance maritale, il en est une seule que je ne puis accepter sans quelque hésitation, c'est précisément celle que le Code a admise, la faculté laissée à la femme de s'obliger pour son mari, ou, en général, de contracter avec lui [1]. » Le danger cependant ne lui paraît pas assez grave pour qu'il demande le rétablissement de l'authentique *si qua mulier* et veuille frapper de nullité tout engagement contracté par la

[1] P. 537.

Digitized by Google

femme dans l'intérêt du mari. Un scrupuleux libéralisme lui défend de proposer une incapacité qui n'est pas absolument nécessaire. La nature n'a pas abaissé l'intelligence de la femme au niveau de celle d'un mineur, le mariage ne saurait l'y ravaler. Bien plus, il faut se féliciter de ce que la femme, en communauté, est libre de céder son hypothèque légale et d'y renoncer: ainsi le mari est forcé de la faire intervenir dans toute vente d'immeuble commun ou lui appartenant à lui-même, dans toute constitution d'hypothèque ; il la met par là au courant des affaires, il lui donne, même malgré lui, l'habitude et peut-être le goût de s'en mêler. Grâce à la faculté qui lui est laissée de compromettre ses intérêts pour servir ceux de son mari, la femme acquerra ou développera en elle l'intelligence et la fermeté nécessaires pour discerner le vrai du faux, les entreprises utiles des opérations dangereuses, seconder les premières, se tenir à l'écart des dernières. Ce développement sera hâté, complété, grâce aux modifications de M. Gide, « si la femme n'est plus traitée en pupille, si elle peut suppléer, au besoin, le chef du ménage et acquérir ainsi l'expérience des affaires [1]. » Enfin y a-t-il des familles qui n'ont pas assez de confiance dans l'intelligence et l'énergie de la femme, dans les institutions qui doivent lui donner la liberté et lui apprendre à en faire usage ? Qu'elles recourent au régime dotal, qu'elles rendent la femme incapable et ses biens indisponibles.

Ces considérations sont-elles décisives? Sans doute la liberté est de droit naturel et de droit commun, la capacité de même. L'une et l'autre rendent la personne en qui elles existent responsable et seule responsable de ses actes; elle n'a pas plus le droit d'être protégée qu'elle n'en a le besoin; une protection inutile serait oppressive pour elle et mettrait son crédit en péril, en même temps qu'elle pourrait causer aux tiers un préjudice injuste. Voilà des principes parfaitement exacts, reconnus par tout le monde, quoique proclamés depuis peu; mais par le désir de les appliquer n'est-on pas quelquefois entraîné à méconnaître une juste cause d'incapacité, un besoin réel de protection? Est-il certain que la faculté reconnue à la femme de céder son hypothèque légale sur les immeubles propres de son mari ou sur les conquêts de communauté, la

[1] P. 537.

Digitized by Google

nécessité où elle est d'intervenir dans la vente ou dans la constitution d'hypothèque doivent lui donner le goût et l'expérience des affaires? Cet heureux résultat ne s'est point encore produit. Il y a bien des maris, bien des communautés qui n'ont pas d'immeubles, et dont l'intérêt peut, à un jour donné, provoquer un engagement de la part de la femme. La participation de celle-ci à une aliénation, à une constitution d'hypothèque, est toujours un acte rare dans la vie, souvent un acte unique, dont elle ne saurait profiter pour faire son éducation, auquel elle n'est nullement préparée, auquel elle se décide, soit par un mouvement généreux, soit par une docilité excessive, soit par une confiance aveugle dans les calculs et dans les promesses de son mari. Que de maris qui ont commis des dissimulations dans les inventaires et abusé des dividendes fictifs! Ce qui serait nécessaire pour que la femme apprît les affaires, ce serait qu'elle administrât elle-même sa fortune; mais il n'y a qu'un régime dans le Code qui lui en laisse le droit, le régime de séparation de biens appliqué à tout son patrimoine ou restreint à ses paraphernaux; or M. Gide ne propose nullement de l'établir en droit commun. Quant aux modifications qu'il propose, il en est une qui remédierait en partie au vice que nous venons de signaler, la faculté accordée au mari de donner à sa femme une autorisation générale; mais le mari qui voudra entraîner sa femme dans ses opérations se gardera de lui laisser gouverner une fortune, bien des femmes d'ailleurs préféreront se reposer sur autrui d'un soin étranger, contraire même aux habitudes de leur esprit. Reste la ressource du régime dotal, soit que les parties l'adoptent dans son entier, soit qu'elles en retiennent seulement tel ou tel effet; mais, quand on prend le régime dotal, c'est presque toujours sous l'empire d'un parti arrêté chez la famille de la femme ou d'une habitude passée à l'état de loi non écrite dans certains pays; il est très-rare que le père de la femme y tienne à cause de la connaissance particulière qu'il a de son futur gendre ou même de sa fille; d'ordinaire il a une pleine confiance dans le premier, sinon il ne ferait pas le mariage, et il ignore complétement ce que deviendra la seconde une fois mariée, si elle sera capable de veiller sur ses intérêts ou heureuse de les confier sans réserve à son mari par tendresse, modestie ou insouciance. C'est donc en prévision de l'inconnu qu'il fau-

Digitized by Google

drait faire un contrat de mariage hérissé de précautions, précautions souvent regardées comme injurieuses par le futur mari. Une fois que les caractères se montrent, que les plans se développent, que les déceptions arrivent, il n'est plus temps de prendre des mesures, on n'en a qu'une à sa disposition, la plus grave de toutes, la séparation de biens. Ainsi la femme se trouve abandonnée aux séductions ou à l'oppression de celui qui a sur elle un pouvoir établi par la nature, confirmé par la loi, légitimé et fortifié par la supériorité des lumières et de l'énergie.

M. Gide fait observer qu'on ne saurait défendre à la femme, soit de cautionner son mari, soit de céder son hypothèque légale à l'un des créanciers de celui-ci, sans lui défendre de contracter un engagement quelconque, parce qu'il déguiserait le plus souvent l'intercession prohibée, de vendre ses propres, parce que le prix en serait ordinairement affecté aux intérêts du mari. C'est aller trop loin. Les époux ne peuvent pas se vendre l'un à l'autre, et ils peuvent vendre à des tiers; ils ne peuvent se faire mutuellement que des donations révocables, et les donations faites par eux à des tiers sont irrévocables. Cependant il est possible que l'acte prohibé se cache sous les apparences de l'acte permis. Le même argument pourrait être invoqué contre toute incapacité partielle. Il n'y aurait pas de motif suffisant pour interdire la vente des propres de la femme, acte dont la gravité ne saurait lui échapper. Quant à l'engagement qui déguiserait une intercession, pourquoi n'aurait-il pas le même sort, une fois que la fraude à la loi serait prouvée?

Il est un fait incontestable, c'est que la pratique a, depuis cinquante ans, fait apparaître un besoin plus impérieux que jamais de garanties efficaces en faveur des femmes mariées. C'est à ce besoin que la Cour de cassation a satisfait, en étendant à la dot mobilière, sous le régime dotal, le privilége de l'inaliénabilité, si manifestement réservé aux immeubles par le Code Napoléon, en interprétant, par une hardiesse inouïe de langage, l'inaliénabilité de la dot mobilière comme une défense de céder la créance dotale et l'hypothèque qui y est attachée. La disposition qui se montre dans cette jurisprudence déjà ancienne se révèle encore dans les arrêts rendus par la Cour de cassation, les 4 juin et 2 juillet 1866, qui ont été, dans cette

Digitized by Google

Revue, examinés et critiqués avec une si forte raison par notre savant collègue, M. Gérardin [1]. La faculté que se sont réservée les époux d'aliéner et d'hypothéquer sans remploi les biens dotaux, ou de céder, transporter et vendre, sans obligation d'emploi, les créances dotales, n'emporte pas, d'après ces arrêts, pour la femme le droit de céder ses reprises et son hypothèque légale à un créancier du mari ou à son propre créancier. Faut-il rappeler les efforts faits par la Cour suprême pour fortifier le droit de la femme, créancière de ses reprises, quand elle renonce à la communauté ? La même préoccupation agitait les familles et sans doute bien des esprits étrangers à la science et à l'application du droit, mais inquiétés par le spectacle de grands et fréquents malheurs : d'où la faveur dont a joui depuis quinze ans le régime dotal, jadis presque inconnu dans le nord de la France. Il faut tenir grand compte d'une préoccupation si générale, si constante, si légitime; il n'est pas permis de fermer les yeux sur le danger qui l'a éveillée.

Nous sommes heureux de pouvoir terminer cet article en rendant hommage au style de M. Gide. Le bel ouvrage dont nous parlons est aussi bien écrit qu'il est savamment composé, avec une correction bien rare, avec une élégance soutenue et nullement fatigante, parce qu'elle n'est pas recherchée. L'idée, quelle qu'elle soit, a toujours la forme qui paraît lui convenir le mieux; il y a autant d'harmonie entre les divers membres d'une phrase qu'entre les diverses parties du livre; on reconnaît un esprit qui trouve la vérité, un écrivain qui l'exprime, en tenant compte à la fois de tous les éléments qui concourent à la former et dont un seul ne pourrait faire défaut sans qu'elle cessât d'être l'exacte et complète vérité; mais la pensée n'est pas surchargée et le style n'est pas lourd, parce qu'il n'y a de place que pour ce qui est important et que l'auteur se garde de s'appesantir même sur les choses importantes. Il a une modération qui lui permet d'exprimer des idées très-hardies sans surprendre personne. En un mot, aucune des qualités qui font les livres remarquables ne manque au sien.

ALBERT DESJARDINS.

[1] Février 1867, *Revue critique*, t. XXX, p. 97 et suiv.

Digitized by Google

THÉORIE DE LA CONDITION

DANS LES DIVERS ACTES JURIDIQUES SUIVANT LE DROIT ROMAIN,

Par G. Bufnoir, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. C. Accarias, agrégé de la Faculté de droit de Douai.

M. Bufnoir était déjà connu par ses éminentes qualités de professeur. Une exposition élégante et méthodique, toujours alliée au savoir le plus solide, avait fait aimer son enseignement; mais ses auditeurs avaient toujours regretté qu'il n'écrivît pas, et tous ceux qui s'intéressent au progrès des études juridiques partageaient ce regret. La *Théorie de la condition*, œuvre approfondie d'une science mûre et pleinement maîtresse d'elle-même, satisfait ceux qui attendaient de M. Bufnoir quelque chose de plus qu'un enseignement oral et en même temps justifie la longue réserve de l'auteur. Pour avoir su n'être pas pressé, il se range du premier coup parmi les romanistes les plus distingués, et sa première œuvre est une œuvre de maître.

Le sujet est hardiment choisi entre les plus abstraits, les plus compliqués, même les plus subtils. Il n'est ni de ceux qui comportent des vues générales d'un ordre très-élevé, ni de ceux qui séduisent par le spectacle d'un mouvement d'idées qui, petit à petit, se transforment et se perfectionnent. Dépourvu, au moins dans son ensemble, d'intérêt philosophique et d'intérêt historique, donc peu vivant, s'il réussit à nous attacher, ce ne peut être que par le sens pratique des solutions, par l'enchaînement logique des idées et par les déductions savantes ou ingénieuses de prémisses ordinairement sages, quelquefois arbitraires. En de pareilles matières, un auteur risque de languir, et son lecteur avec lui. M. Bufnoir a su rester intéressant d'un bout à l'autre, et le lecteur sérieux le suit avec une attention qui ne se fatigue pas.

Deux difficultés me paraissent inhérentes au sujet, et il importe de s'en rendre un compte net, si l'on veut mesurer avec exactitude l'étendue et la fermeté d'esprit de l'auteur qui les a résolûment affrontées et presque toujours vaincues.

Digitized by Google

D'abord, s'il est vrai qu'aucune théorie juridique ne saurait absolument s'isoler ni se renfermer en elle-même, cela est surtout vrai de la théorie des conditions. Avec un nombre restreint de notions auxiliaires, vous étudierez assez complétement l'usufruit, la vente et beaucoup d'autres matières. Pourquoi? parce que l'usufruit constitue un droit spécial, parce que la vente forme un contrat distinct, parce qu'en un mot l'usufruit et la vente présentent une véritable individualité juridique. Au contraire, la condition, simple modalité qui affecte toujours un droit ou un acte, n'est elle-même ni l'un ni l'autre; et en conséquence, pour en faire une étude précise et complète, il faut nécessairement passer en revue tous les actes juridiques et tous les droits; il faut se demander quels sont ceux qui la comportent; puis, partout où elle est reconnue possible, il faut en décrire les effets spéciaux. De sorte qu'une bonne théorie des conditions implique une série d'excursions successives dans les diverses théories juridiques, et ne se forme complétement qu'en leur empruntant à chacune un épisode. De là sans doute une grande variété d'aperçus; mais de là aussi le danger d'une composition brisée, dépourvue d'unité, plus remarquable par la richesse des détails que par la correction du dessin et la netteté de l'ensemble. Cette première difficulté, purement relative à l'exécution littéraire, je n'ose dire que M. Bufnoir l'ait complétement surmontée ni qu'aucun autre à sa place l'eût pu faire.

La seconde difficulté touche au fond même du sujet, à son organisation juridique. Est-ce qu'il y a véritablement, en droit romain, une théorie dee conditions, j'entends une théorie une et harmonique, c'est-à-dire un ensemble de principes généraux qui gouvernent uniformément tous les actes conditionnels? Je m'explique: sans nul doute, toutes les conditions rentrent dans une définition commune, et là réside l'élément le plus réellement scientifique de la matière. Sans doute aussi nous voyons les conditions recevoir, à des points de vue divers, un certain nombre de divisions; mais l'intérêt pratique de ces divisions variera assez souvent selon la nature de l'acte. Personne n'ignore, par exemple, que la condition impossible et la condition contraire aux lois et aux mœurs sont traitées tout autrement dans les dispositions testamentaires que dans les contrats et actes entre vifs. Bien plus, si nous envisageons

Digitized by Google

les effets, soit de la condition pendante, soit de la condition accomplie, nous rencontrons bien un trait commun : pendante, elle tient indécise l'existence du droit; accomplie, elle lui permet de naître. Mais serait-il possible de ramener ces effets à une formule absolue, vraie de tous les actes? Non certes; ainsi, la condition est-elle encore en suspens? Si elle figure dans un contrat, il y a une espérance dès à présent transmissible aux successeurs universels, et les Romains ne craignent pas d'appliquer au contractant la qualification de créancier qu'il mérite à plusieurs égards. Au contraire, le legs conditionnel ne se transmet pas *pendente conditione;* et le légataire, quoique investi de certains droits spéciaux qui n'appartiendraient pas à un stipulant, n'est pas un créancier. La condition est-elle accomplie? Dans les obligations nées d'un contrat, on lui reconnaît un effet rétroactif qu'on lui refuse dans les legs et autres dispositions testamentaires; et de là un certain nombre d'importantes différences pratiques. On est donc fondé à dire qu'il faut distinguer chez les Romains deux grandes théories des conditions : l'une relative aux testaments, l'autre aux obligations contractuelles. Est-ce tout? Non; une exacte analyse des textes conduit encore à reconnaître que ni l'une ni l'autre de ces deux théories ne gouverne absolument la condition apposée, soit à une translation de propriété, soit à un acte extinctif d'obligation.

Ces considérations générales, toute sommaires et écourtées qu'elles sont, nous expliquent pourquoi nulle part, dans les sources du droit romain, nous ne trouvons groupés ensemble les éléments complets d'une théorie des conditions. Cela ne tient pas seulement à l'esprit peu philosophique et peu généralisateur des jurisconsultes, cela tient à une raison plus profonde : c'est que véritablement, sur les conditions, la théorie générale se réduit à très-peu de chose et qu'il y a plusieurs théories.

Le travail de M. Bufnoir devait donc évidemment se proposer un double but : 1° dégager les caractères invariables qui constituent la condition et les effets qu'elle produit indépendamment de la nature de l'acte ou du droit qu'elle affecte; 2° en sens inverse, faire ressortir les différences multiples, parfois subtiles, souvent très-rationnelles, qu'entraîne, quant à ses effets, la diversité même des actes et des droits auxquels

Digitized by Google

elle est attachée. C'est une synthèse d'abord, puis une série d'antithèses qu'il fallait tirer du rapprochement et de l'analyse de textes dispersés çà et là. Il fallait, avec les matériaux préparés par les jurisconsultes romains, construire une théorie qu'ils n'ont pas faite. Ce travail exigeait de l'auteur une vue d'ensemble qui manque à ces jurisconsultes; je ne dirai pas qu'il devait posséder le droit romain mieux qu'eux-mêmes, mais il devait le posséder presque aussi bien et à coup sûr l'envisager d'un coup d'œil plus large.

De pareilles tentatives séduisent toujours par leur hardiesse, et quand même un plein succès ne les couronne pas, c'est assez du talent de l'auteur pour les rendre profitables à la science. Mais elles présentent un danger : l'auteur risque de substituer ses propres imaginations aux idées des Romains et de leur prêter des théories qu'ils n'ont ni appliquées ni conçues. M. Bufnoir, esprit essentiellement net, consciencieux, qui ne sacrifie jamais la vérité et les textes au désir de briller par des conceptions personnelles, a tout à fait évité cet écueil. Son livre est un modèle d'analyse exacte et impartiale; et s'il arrive qu'on en repousse certaines conclusions, du moins est-il impossible de les considérer comme capricieuses ou arbitraires : elles reposent toujours ou sur des textes ou sur des inductions vraisemblables. Il ne cherche pas à créer, mais à inventorier, et son inventaire aboutit à un résultat excellent : c'est que nous nous rendons mieux compte des idées générales que les Romains cachaient sous des décisions particulières et auxquelles ils obéissaient toujours, même quand ils négligeaient de les exprimer dans une formule scientifique.

Dans un sujet de cette nature, il était impossible d'adopter la méthode du commentaire en l'appliquant à un titre spécial du Digeste. Car, je l'ai déjà dit, nul titre ne contient l'ensemble de la matière. Il fallait donc que l'auteur optât entre les deux méthodes suivantes : ou choisir çà et là les textes les plus essentiels pour les expliquer en eux-mêmes et à leur occasion grouper tous les principes relatifs à la condition; ou bien procéder par voie d'exposition directe des principes, ne faisant intervenir les textes que comme moyen de démonstration positive. M. Bufnoir a préféré cette seconde méthode : ce n'est donc pas une exégèse qu'il entend nous donner, c'est un traité, et il n'invoque les textes « que pour y trouver la formule des

Digitized by Google

principes généraux (préface, p. II). » Sur le choix de cette méthode en elle-même, je me garderai de toute critique aussi bien que de tout éloge. L'une et l'autre méthode ne se doivent apprécier que par leurs résultats; et de même que le commentaire demeure sans valeur scientifique, s'il n'aboutit pas au dégagement de quelques idées générales, de même l'exposition synthétique ne saurait être vraiment féconde si elle ne marche constamment éclairée par une analyse fidèle. M. Bufnoir l'a si bien compris que certainement, quoiqu'il ait adopté la forme du traité, c'est la méthode analytique qui domine dans son œuvre; jamais il ne s'égare dans une synthèse vague, et je ne crois pas qu'aucun ouvrage sur le droit romain aboutisse à un ensemble plus complet de résultats plus positifs. Qu'il me permette cependant d'exprimer un regret qui n'implique aucune critique. Il n'a pas voulu traduire les textes qu'il cite, et assurément cela n'amoindrit en rien la portée scientifique de son travail. Cependant l'expérience de tous les jours ne nous apprend-elle pas trop que le droit romain, en France du moins, n'a plus guère de curieux, et qu'à l'exception des professeurs qui l'enseignent, ceux-là presque seuls l'étudient un peu qui s'y trouvent condamnés par les nécessités d'un examen? Or est-il bien sûr que tous les étudiants qui aborderont le travail de M. Bufnoir possèdent assez bien et la langue latine et les principes du droit pour débrouiller seuls les difficultés de certains textes? Contrairement donc à la pensée développée par l'auteur dans sa préface (p. II), je serais tenté de considérer la traduction des textes comme beaucoup plus nécessaire dans un travail de la nature de celui-ci que dans une œuvre d'exégèse. C'est qu'en effet l'exégèse, à défaut de traduction, en donnera la pleine intelligence aux plus lents, tandis que des textes simplement cités, mais non expliqués, des textes que l'auteur insère pour y relever une ligne, un mot quelquefois, conserveront très-probablement quelques obscurités pour certains lecteurs. Une traduction aurait eu l'avantage de les rendre pour tous intelligibles d'un bout à l'autre, même dans les parties étrangères à l'objet qui provoque la citation.

Le travail de M. Bufnoir se divise en trois chapitres consacrés le premier à des notions générales, le second à la détermination des actes susceptibles de condition, le troisième

Digitized by Google

aux effets de cette modalité. Un compte rendu sommaire de chaque chapitre, accompagné de l'indication des passages qui m'ont paru les plus saillants et des principaux points sur lesquels j'hésiterais à accepter les doctrines de l'auteur, suffira pour montrer quelle est la richesse de l'ouvrage et quelles ressources y trouveront ceux qui désirent éclaircir ou compléter leurs idées sur la condition.

Chapitre I. *Notions générales sur la condition.* — Qu'est-ce qu'une condition? Comment divise-t-on les conditions? Comment s'accomplissent-elles? Telles sont, en résumé, les trois questions dont l'examen remplit ce premier chapitre. Sur la seconde question l'auteur est très-bref et il devait l'être, parce que les différentes divisions des conditions, fort simples en elles-mêmes, ne demandent de longues explications qu'en ce qui concerne leurs conséquences pratiques; or ces explications sont répandues dans l'ensemble de l'ouvrage et trouvent surtout leur place naturelle dans les deux derniers chapitres dont il ne fallait pas d'avance épuiser la matière. Sur la troisième question, l'auteur partant de ce principe certain qu'on ne peut déterminer le moment de l'accomplissement d'une condition qu'en examinant l'intention des parties ou du testateur, entre dans une analyse de détails minutieux qui exigeait, pour n'être pas illisible, beaucoup de finesse et de sobriété. Ces qualités sont familières à M. Bufnoir. Aussi, malgré quelque longueur inévitable en cette matière, je m'empresse de reconnaître qu'il s'est très-avantageusement tiré de la difficulté. Je signalerai même sur la double question de savoir à quel moment la *stipulatio pœnæ* devient exigible et si elle est indivisible, des vues qui, si elles n'offrent pas absolument le mérite de la nouveauté, sont peut-être présentées ici avec plus de netteté que nulle part ailleurs.

Mais c'est surtout sur la première question que se concentre l'intérêt de ce chapitre.

Trois caractères, selon M. Bufnoir, distinguent la condition véritable. D'abord, elle consiste en un événement futur, et les textes abondent pour prouver que les prétendues conditions *quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur* ne sont pas traitées au fond comme des conditions : elles n'en ont que l'apparence.

Digitized by Google

En second lieu, la condition consiste en un événement incertain. Mais encore que l'arrivée d'un événement futur soit dès à présent certaine en elle-même, il suffit que les moyens de la prédire à coup sûr nous manquent dans l'état actuel des connaissances humaines pour que cet événement fasse l'objet d'une véritable condition. M. Bufnoir insiste ici sur le sens et les motifs de la règle *Dies incertus in testamento conditionem facit;* et l'excellente explication que lui en fournit pour les institutions d'héritier le *Cours élémentaire* de M. Demangeat le conduit à admettre le caractère conditionnel de l'institution d'un héritier externe *quum morietur*. Mais alors, la condition ne devant se réaliser qu'au décès de l'institué, on se demande si cette institution ne va pas être nécessairement frappée d'inefficacité. Car l'adition n'aura pas pu être faite par l'institué vivant, et le droit de la faire ne saurait naître en la personne de ses héritiers. M. Bufnoir n'a pas prévu cette objection. Il n'est pas croyable, cependant, que si vraiment les Romains tenaient cette institution pour valable à titre d'institution conditionnelle, ils n'eussent imaginé aucun moyen de lui donner effet. N'existait-il pas ici une caution analogue à la caution Mucienne, et l'institué ne pouvait-il pas faire une adition immédiate en prenant l'engagement de restituer aux ayant droit si à l'époque de son décès il avait perdu la *factio testamenti?* Cette conjecture me paraît le complément forcé de la doctrine de M. Bufnoir.

L'étude de ce second caractère de toute condition, l'incertitude, amenait naturellement des explications sur deux sortes de conditions qui ne méritent pas ce nom, je veux dire les conditions nécessaires et les conditions impossibles. M. Bufnoir acceptant une idée généralement enseignée, croit qu'à l'époque de la jurisprudence classique les deux écoles se séparaient par une divergence absolue sur l'effet des conditions impossibles apposées à une disposition testamentaire quelconque. Toujours réputées non écrites d'après les Sabiniens, de telles conditions auraient toujours, selon l'opinion proculienne, emporté nullité de la disposition elle-même. Ceci posé, l'auteur essaie de démontrer que la doctrine sabinienne avait été anciennement celle de tout le monde, et que celle des Proculiens, relativement moderne, se produisit dans l'époque intermédiaire entre Labéon et Proculus. Que Labéon

Digitized by Google

tînt encore la condition impossible pour non écrite dans les testaments, c'est ce que prouveraient deux décisions de ce jurisconsulte (L. 20, pr. *De cond. inst.*, XXVIII, 7. — L. 6, § 1, *De cond. et demonst.*, XXXV, 1). Que Proculus, au contraire, y vît déjà une cause de nullité de la disposition, cela ressortirait de la loi 58, *De cond. et demonst.* (XXXV, 1). Ces idées me semblent inexactes. Je n'essayerai pas de préciser l'époque à laquelle remonte cette divergence; mais je suis profondément convaincu que les interprètes en exagèrent la portée et qu'elle n'exista jamais à l'égard des institutions d'héritiers. Pour cette sorte de dispositions, la doctrine sabinienne me paraît avoir régné de tout temps sans contestation. Cette idée, rendue déjà très-vraisemblable par la répugnance connue des Romains à mourir *intestats*, et par l'habitude qu'ils durent prendre en conséquence, et de fort bonne heure, de faire prévaloir la volonté de laisser un héritier testamentaire sur l'intention de subordonner absolument l'institution à l'accomplissement de la condition, cette idée, dis-je, se justifie par le texte même où Gaïus nous révèle la dissidence (III, § 98). Que nous dit ce jurisconsulte? La condition impossible apposée à une stipulation la rend nulle de l'aveu de tous : apposée à un legs, elle est réputée non écrite selon les Sabiniens, mais les Proculiens pensent qu'elle entraîne la nullité de la disposition. A l'égard des institutions, Gaïus n'en dit mot, et son silence nous autorise bien à conclure qu'ici un parfait accord régnait entre les prudents. C'est qu'en effet, en nous plaçant dans les mœurs romaines, nous trouvons, pour justifier une différence aussi profonde entre les institutions d'héritiers et les actes entre-vifs, cette *ratio idonea* que Gaïus cherche en vain à l'effet de motiver l'opinion de son école sur les legs. Et maintenant les textes cités par M. Bufnoir contrarient-ils ma manière de voir? En aucune façon. Lisez en effet le texte de Proculus (L. 58, *De cond. et demonst.*) : s'il attache la sanction de la nullité à l'apposition d'une condition impossible, c'est qu'il se réfère à un legs : cela prouverait-il par hasard que ce jurisconsulte admît la même nullité à l'égard d'une institution? Quant aux deux décisions de Labéon, c'est à une institution qu'elles ont trait; rien d'étonnant donc si elles prononcent la nullité, et l'on n'en peut pas légitimement conclure

Digitized by Google

que le chef de l'école proculienne ne professât pas déjà sur les legs la doctrine de son successeur. Cependant la loi 6, § 1, *De cond. et demonst.*, telle que l'entend M. Bufnoir, impliquerait que le Proculien Nératius admettait bien la nullité d'une institution sous condition impossible. Mais cette interprétation me paraît contraire au texte. Pomponius met en regard les deux hypothèses suivantes : 1° J'institue un héritier *si certos servos manumiserit.* Mais quelques-uns des esclaves désignés étaient morts avant la confection de mon testament. 2° J'institue un héritier *si filia et mater mea vivent.* Ma mère me survit, mais ma fille était déjà morte au jour où je testais. Dans ces deux hypothèses, faut-il tenir la condition pour défaillie? C'est ce qu'avait pensé Nératius sur la première hypothèse, et ce que sans doute il aurait aussi décidé sur la seconde. Au contraire, Servius, Labéon, Sabinus, Cassius, et Pomponius qui les cite, s'accordent à reconnaître que la condition doit être réputée impossible et partant l'institution valable. Ce texte établit-il que Nératius admît la nullité d'une institution sous condition impossible? Non; il prouve simplement que dans l'espèce ce jurisconsulte appréciait autrement que les autres le caractère de la condition. La divergence peut se formuler ainsi : Quand dans la pensée du testateur une condition se réfère à l'avenir, mais qu'à son insu elle se trouve déjà défaillie au moment où il l'appose, l'opinion générale la tient pour impossible; Nératius, au contraire, la répute défaillie, et c'est pourquoi il annule l'institution qu'il aurait assurément maintenue si, à l'exemple des autres jurisconsultes, il avait vu là une condition impossible.

Des conditions impossibles M. Bufnoir passe aux conditions réprouvées par les lois ou les mœurs. Quel est, dira-t-on, le lien logique qui rattache ces deux matières l'une à l'autre? Car il serait difficile de soutenir que les conditions contraires aux lois ou aux mœurs ne méritent pas le nom de conditions, et s'il est vrai que leurs effets ressemblent quelque peu à ceux des conditions impossibles, cette ressemblance suffit-elle pour leur assigner une place dans des développements relatifs aux caractères essentiels des conditions en général? Le plan de l'auteur se justifie néanmoins : c'est, en effet, une idée assez accréditée et basée sur un texte célèbre de Papinien (L. 15, *De cond. instit.*, XXVIII, 7), que les actes illicites et immoraux

Digitized by Google

présentent une sorte d'impossibilité, et qu'en conséquence ils rendent légalement ou moralement impossibles les conditions dont ils font l'objet. Or cette idée, M. Bufnoir la combat avec une grande supériorité de raison. Démontrant d'abord qu'elle est inutile à l'explication du texte de Papinien, il établit ensuite sa thèse par des arguments directs. Ainsi je m'engage à payer telle somme si je commets un acte illicite ou immoral, ma promesse est valable; elle serait nulle, si je la subordonnais à l'arrivée d'un fait impossible. Ainsi encore je promets ou je stipule telle somme si je m'abstiens d'un acte immoral; cette promesse et cette stipulation sont nulles: mais remplacez l'acte immoral par un acte impossible, elles deviendront aussitôt valables. Ces observations que l'auteur développe ici (p. 33 et s.) et qu'il complète plus loin (p. 130 et 131) prouvent avec une force irrésistible que la condition immorale ou illicite ne saurait être envisagée comme une simple variété de la condition impossible. Il faut remercier M. Bufnoir d'avoir fait bonne justice de ce préjugé.

Un troisième et dernier caractère qui, selon notre auteur, distinguerait la condition, ce serait de prendre toujours son origine dans la volonté expresse ou tacite des parties. Et ceci le conduit à classer les conditions tacites en deux catégories, savoir les conditions sous-entendues par la volonté même des parties ou du testateur, et les conditions légales, celles qui, exprimées ou non dans un acte, sont inhérentes à la disposition. Les conditions de la première espèce seraient traitées partout et en toute chose comme de véritables conditions, si ce n'est qu'affectant un *actus legitimus* elles ne le rendraient pas nul. Au contraire, les conditions légales laisseraient de tout point l'acte pur et simple. Je ne suis pas bien convaincu que telles fussent les idées des jurisconsultes romains. Papinien suppose quelque part (L. 25, § 1, *quando dies legat. ced.*, XXXVI, 2) qu'un testateur, ayant prêté de l'argent à un pupille non autorisé, lègue *quod pupillus debet*, legs nul, dit le jurisconsulte, si le testateur a entendu disposer d'une créance certaine et exigible, legs valable, au contraire, s'il n'a voulu lui donner effet qu'autant que le pupille payerait. Dans cette dernière hypothèse, voilà bien une condition légale en ce sens que le testateur ne pouvait pas, faisant un tel legs, l'empêcher d'être subordonné au payement que le pupille demeure libre de ne pas effectuer.

Digitized by Google

Or qu'ajoute Papinien? Le legs aura son *dies cedens* dès le jour du décès, et néanmoins le légataire pour le moment n'aura pas d'action *quasi tacite conditio inserta sit*, parce qu'il y a une sorte de condition émanant de la volonté tacite du testateur. Ces mots semblent bien signifier que les conditions sous-entendues par la loi sont réputées sous-entendues et imposées par le testateur lui-même, puisque certainement il pouvait ne pas faire la disposition. Dès lors, j'arriverais à cette conclusion : toutes conditions, soit légales, soit dérivant de la volonté de l'homme, sont assimilées en ce qui concerne les dispositions testamentaires; et quand certains textes, par exemple la loi 99, *De cond. et demonst.* (XXXV, 1), disent qu'elles ne rendent pas le legs conditionnel, ils signifient seulement qu'elles ne reculent pas l'époque du *dies cedens* et conséquemment n'écartent pas l'application de la règle Catonienne. Mais faut-il conclure de là que ces conditions, même les conditions légales, laissent au legs le caractère d'une disposition absolument pure et simple, ou, si l'on aime mieux, à terme? Je ne puis le croire, et si par exemple, dans l'hypothèse prévue par Papinien, l'héritier, déterminé par une erreur de fait, avait cru la dette du pupille valable et par suite le droit du légataire certain, si en conséquence il avait payé le legs avant d'être payé lui-même par le pupille, il ne me paraît guère douteux que ce payement autoriserait une action en répétition. Je crains donc que M. Bufnoir n'ait exagéré cette idée que les conditions *juris* ne rendent pas les dispositions testamentaires conditionnelles. Et surtout, comme les textes qui formulent ou appliquent cette idée se réfèrent tous à des dispositions de dernière volonté, je n'oserais, quelle que soit leur portée véritable, les étendre aux actes entre-vifs. En résumé, et contrairement à l'opinion de M. Bufnoir, j'admettrais : 1° que les conditions légales sont traitées dans les actes entre-vifs comme de véritables conditions; 2° que même dans les dispositions testamentaires elles ne cessent pas complétement d'être des conditions, et que, si elles y perdent jusqu'à un certain point ce caractère, cela est vrai dans la même mesure des conditions sous-entendues par la volonté du disposant.

CHAPITRE II. *Quels sont les actes qui admettent la condition?*—

Digitized by Google

L'auteur commence par poser une distinction très-vraie et très-importante dont il tirera par la suite le parti le plus avantageux, spécialement lorsqu'il s'agira de savoir si l'on peut transporter un droit de propriété susceptible de s'évanouir par l'arrivée d'une condition. Cette distinction consiste à séparer l'acte lui-même du droit que cet acte a pour objet de créer ou d'éteindre. Il est possible que le droit lui-même comporte une condition et que la nature de l'acte y répugne; la réciproque est possible aussi.

Immédiatement, M. Bufnoir applique cette distinction aux *actus legitimi* qui, même ayant pour objet l'établissement d'un rapport de droit susceptible de condition, ne sauraient être affectés eux-mêmes d'aucune condition expresse, réelle ou apparente. Dans un aperçu très-substantiel, il montre clairement deux choses: c'est d'abord qu'il nous est impossible, dans l'état actuel des sources du droit romain, d'y puiser une définition certaine des *actus legitimi ;* c'est, en second lieu, que la règle qui prohibe ici toutes conditions n'est pas une règle aussi arbitraire qu'on le pense quelquefois, qu'elle tient tantôt au fond des choses, par exemple en tant qu'elle s'applique à l'adition d'hérédité et à la *tutoris datio*, tantôt aux formes spéciales de l'acte ; c'est ce qui arrive à l'égard de la mancipation, de l'expensilation, de l'acceptilation, etc. Tout cela est vrai. Je ferai cependant deux observations : logiquement, je ne vois pas pourquoi l'acceptilation, qui n'est que la fiction d'un payement, et l'expensilation, qui n'est que la fiction d'une *mutuum*, ne sauraient être soumises à une condition, puisque le payement et le *mutuum* réels le peuvent bien (L. 16, *De solut.* — L. 8, *De reb. credit.*). Cette rigueur ne s'explique à mes yeux que par l'antiquité de la règle relative aux *actus legitimi*, règle consacrée à une époque où probablement les Romains n'avaient pas encore conçu l'apposition d'une condition à un payement ou à un *mutuum*. De plus, et en admettant même le caractère logique de cette règle, elle conduit à des résultats qui ne satisfont pas toujours le bon sens. Je prends un exemple : Le droit d'usufruit comporte la condition. Voulez-vous l'établir entre-vifs par voie de *translatio ?* La cession *in jure* est le seul procédé que le droit civil classique mette à votre disposition, mais la cession *in jure* constitue un *actus legitimus*. Vous ne pourrez donc pas entre-vifs transférer un

Digitized by Google

usufruit *sub conditione*. Donc si la prohibition n'est pas arbitraire en elle-même, combinée avec les règles certainement arbitraires qui déterminent la forme des actes translatifs de droits réels et en limitent l'application, elle aboutit à faire prédominer la forme sur le fond.

Débarrassé des *actus legitimi*, matière d'un intérêt très-secondaire dans le dernier état du droit classique et qui n'est étudiée ici qu'à titre d'introduction, M. Bufnoir aborde le véritable objet de ce chapitre et envisage successivement la condition dans les contrats, dans les actes extinctifs d'obligations, dans les actes entre-vifs translatifs de propriété ou autres droits réels, enfin dans les dispositions testamentaires. Sur chacune de ces quatre matières, il ne se demande pas simplement si la condition est possible : il se pose la question distinctement pour la condition suspensive et pour la condition résolutoire. Pareillement, la possibilité de l'une et de l'autre espèce de conditions n'est pas examinée en bloc pour tous les contrats, pour tous les actes extinctifs d'obligations, etc. Elle est posée et résolue successivement sur chaque classe de contrats, sur chaque acte extinctif d'obligation, etc. Grâce à cette méthode rigoureuse, l'auteur arrive sur chaque point à des solutions précises dont la réunion forme un tout complet. Ce serait chose longue et d'ailleurs superflue que d'en dresser ici l'inventaire. J'en signalerai seulement quelques-unes, dont l'une, la première, me paraît très-contestable.

C'est chose connue que la possibilité de former un contrat de société *sub conditione* fut anciennement l'objet d'une controverse, et que cette question, sans doute déjà tranchée par la jurisprudence classique, ne fut législativement résolue que par Justinien (L. 6, *Pro soc.*, C., 4, 37). M. Bufnoir, s'appuyant sur un texte de Gaïus (III, § 146), croit que le même doute s'était produit pour tous les contrats consensuels. Et il essaye d'en rendre une raison dont il reconnaît lui-même l'extrême subtilité. C'est que, le contrat tirant son origine du consentement, il impliquait contradiction, aux yeux de certains jurisconsultes, que ce consentement n'existât pas dès le début d'une manière certaine. Car qu'est-ce qui prouve qu'il existera encore au jour où le contrat doit se former, au jour de l'arrivée de la condition? Il me semble que si un pareil motif se fût présenté à quelques esprits, il les aurait conduits à

Digitized by Google

mettre en doute la possibilité d'apposer une condition à un contrat même non consensuel, puisque nul contrat ne se forme sans consentement. Aussi, sans oser affirmer que M. Bufnoir se trompe sur l'interprétation du texte de Gaïus, aimerais-je mieux croire avec d'autres auteurs (M. Demangeat, t. II, p. 316, 1re édit.) que la controverse rapportée par ce jurisconsulte portait sur une tout autre question. Gaïus examine une espèce connue dans laquelle on se demandait, non pas s'il existait un contrat, mais si le contrat devait être réputé vente ou louage. Et il décide que tout dépendra des circonstances : « *Jam enim non dubitatur quin sub conditione res veniri aut* « *locari possit.* » Cette phrase, pour qui n'oublie ni l'hypothèse ni la question posée, paraît bien signifier que le point vraiment douteux était celui-ci : Est-il possible que la nature d'un contrat, dont l'existence est dès à présent pure et simple, ne se détermine qu'après coup et d'après l'événement d'une condition?

Maintenant, pourquoi ce doute spécial sur la validité d'un contrat de société formé sous condition? Peut-être le rattacherait-on avec quelque vraisemblance à ce *Jus fraternitatis* qui, aux yeux des Romains, faisait l'essence de la société. Ils ne concevaient pas la fraternité conditionnelle. Peut-être aussi faut-il se borner à enregistrer sans comprendre.

Si je m'écarte de M. Bufnoir sur le sens et la solution de cette difficulté purement historique, en revanche je n'hésite pas à croire avec lui, contrairement à l'opinion défendue par M. Demangeat, que la condition suspensive affecte valablement un droit de servitude prédiale toutes les fois que la nature de l'acte constitutif n'y répugne pas. Il est vrai que la loi 4, pr., *De servit.*, paraît formelle en sens contraire; mais l'auteur, pour démontrer sa doctrine, commence par établir, à l'aide de textes décisifs, que cette condition était effectivement admise dans les legs de servitudes. D'autres textes lui prouvent que la condition tacite, seule possible dans une *cessio in jure*, y figurait valablement même lorsqu'il s'agissait de créer une servitude prédiale. De ces deux observations il conclut que la servitude constituée par voie de quasi-tradition peut aussi être soumise à une condition suspensive. Et s'il faut écarter l'obstacle résultant de la loi 4 précitée, il trouve dans le langage même de ce texte les éléments d'une explication

Digitized by Google

élégante et vraisemblable consistant à dire qu'en tant qu'il se réfère à la condition suspensive, il ne s'appliquait, dans la pensée de Papinien, son auteur, qu'aux servitudes établies par *cessio in jure.*

Pareillement, je donne la plus entière adhésion à la doctrine de M. Bufnoir sur l'admissibilité de la condition résolutoire dans les contrats. Après avoir constaté, ce qui ne peut faire l'objet d'aucun doute, que la règle *ad tempus deberi non potest* implique nullité de la condition résolutoire apposée à une obligation quelconque, il montre très-bien que tout autre est la question de savoir si cette même condition peut affecter le contrat lui-même; et cette question, il prouve que les textes ne la résolvent affirmativement que pour les contrats consensuels. Pourquoi cela? Est-ce, comme on le dit souvent, à raison du caractère de bonne foi de ces contrats? Non, car il y a d'autres contrats de bonne foi qui ne comportent pas la condition résolutoire. Cela tient plutôt à ce que le contrat fait sous une telle condition implique un mutuel dissentiment conditionnel, et que les contrats consensuels sont les seuls qui se dissolvent par le mutuel dissentiment. Cette explication, que je crois neuve, est assurément très-satisfaisante.

C. ACCARIAS.

(*La fin à une autre livraison.*)

CHRONIQUE.

L'Académie des sciences morales et politiques avait mis au concours, pour le prix ordinaire de l'année 1866, la question suivante : *Des droits de légitime et de réserve,* ou *De la liberté de tester.* Dans la séance du 8 juin dernier, sur le rapport de la section de législation, elle a partagé le prix entre MM. Gustave Boissonade, professeur-agrégé à la Faculté de droit de Grenoble, et M. Charles Brocher, professeur de Code civil à l'Académie de Genève. Une mention honorable a été décernée à M. Boissard, avocat général à la Cour impériale d'Aix.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL DE JURISPRUDENCE,

Par M. Hérisson, docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

I.

Un préfet peut-il, en vertu de l'article 15 combiné avec l'article 52 de la loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale, défendre en justice par lui-même ou par un délégué à une action intentée contre une commune alors que le conseil municipal et le maire s'y refusent?

Telle était la question soumise à la Cour de cassation, toutes chambres réunies, aux audiences solennelles des 1 et 3 avril dernier.

L'article 15 est celui qui, dans le cas où le maire refuse de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, confère au préfet le droit d'y procéder d'office ou par un délégué spécial. Cette disposition n'a jamais donné lieu en elle-même à aucune difficulté d'interprétation; il a toujours été entendu qu'elle ne concédait point au préfet le droit d'exiger du maire tel ou tel acte qu'il jugerait utile et d'y procéder lui-même à défaut de celui-ci.

« Il faut, a dit M. Vivien, rapporteur de la commission de la Chambre des députés, que le préfet ne soit admis à user du droit que le projet lui confère que pour les actes formels précisément exigés par la loi, et qu'à l'aide de ce droit il ne puisse pas annuler l'autorité municipale. Pour prévenir toute incertitude, nous avons effacé de l'article tous les mots qui présentaient une signification vague, et nous limitons le droit du préfet aux seuls cas où le maire a refusé ou négligé de faire *un acte prescrit par la loi.* »

Lorsqu'il s'agit pour une commune d'intenter un procès, d'après l'article 49 elle ne peut introduire d'action sans y être autorisée par le conseil de préfecture. Si la commune doit jouer le rôle de défenderesse, d'après l'article 51 le demandeur devra, avant d'intenter son action, adresser au préfet un mémoire exposant les motifs de sa réclamation, et le préfet

Digitized by Google

transmettra le mémoire au maire avec l'autorisation de convoquer immédiatement le conseil municipal pour en délibérer.

Puis l'article 52 ajoute : « La délibération du conseil muni-« cipal sera *dans tous les cas* transmise au conseil de préfec-« ture qui décidera si la commune doit être autorisée à ester « en jugement. »

C'est sur les termes de l'article 52 et sur les discussions auxquelles il a donné lieu à la Chambre des députés et à la Chambre des pairs qu'on s'est appuyé pour décider que dans le cas où le maire et le conseil municipal refuseraient de défendre à une action, le préfet pourrait y suppléer, conformément à l'article 15.

Cette opinion a été soutenue dès 1837 par l'honorable M. Duvergier, dans ses notes sur la loi du 18 juillet (art. 52) (*Collection des lois*, 1837, p. 250).

« Une troisième hypothèse peut se présenter, dit-il : c'est « celle où le conseil municipal pense que l'adversaire de la « commune est bien fondé et qu'il faut consentir à ce qu'il « demande. On a longuement discuté si dans une pareille « situation le conseil de préfecture pourrait ordonner à la « commune de résister et l'y contraindre. On a reconnu que « la majorité du conseil municipal pouvait quelquefois céder « à de fâcheuses influences, être dominé par la puissance ou « le crédit du demandeur et émettre un avis favorable à ses « prétentions. On a pensé qu'il fallait que les intérêts de la « commune trouvassent une garantie dans l'examen du conseil « de préfecture, et que si celui-ci apercevait que par un motif « quelconque les droits de la commune avaient été sacrifiés, « il l'autorisât à plaider. C'est ce qu'on a voulu exprimer en « disant que *dans tous les cas* la délibération du conseil mu-« nicipal serait transmise au conseil de préfecture, pour que « celui-ci statuât. »

Une telle interprétation de l'article 52 étant admise, on aperçoit facilement comment M. Duvergier arrive à l'application de l'article 15 et à l'intervention du préfet. Si en effet le conseil de préfecture établi pour ainsi dire comme juge du second degré a le droit, réformant la sentence du conseil municipal, *d'ordonner* à la commune de plaider, le maire, qui aux termes de l'article 10, n° 8, est chargé de représenter la

Digitized by Google

commune en justice, soit en demandant, soit en défendant, est obligé de plaider en son nom, et s'il le néglige ou s'y refuse, il néglige ou refuse d'accomplir un acte que les dispositions de la loi lui prescrivent.

A l'appui de cette opinion on a invoqué le passage d'un discours dans lequel M. Gillon expliqua à la séance du 10 février 1837, et cela avec l'assentiment de la Chambre des députés, que si le maire n'agissait point, malgré la décision du conseil de préfecture, le préfet pourrait user de l'article 15.

« Il n'y a rien de nouveau à introduire dans la loi, expli-
« quait en effet M. Gillon (*Monit.* du 11 juillet, p. 286 et 287);
« la nouvelle rédaction de la commission rapprochée du texte
« des deux articles précités (10 et 15) suffit à toutes les néces-
« sités. Cette rédaction, j'en déduis nettement le sens et je le
« dis en termes formels, c'est que, quel que soit le vœu du
« conseil municipal, sa délibération est portée au conseil de
« préfecture qui décide si la commune doit ou non ester en
« jugement. Vous le voyez, si le conseil municipal a mal jugé,
« le conseil de préfecture réforme sa délibération, et si dans
« la commune ni maire ni adjoint ne veut désobéir au conseil
« municipal qui repousse le procès et refuse de se conformer
« à la décision du conseil de préfecture qui a décidé qu'il y
« avait lieu de soutenir l'instance, le préfet se saisit alors du
« pouvoir municipal et devient devant les tribunaux le repré-
« sentant de la commune. »

Un membre de la Chambre ayant observé qu'il faudrait dire que la délibération serait transmise *dans tous les cas*, M. Gillon ajoutait : « Pour lever tous les scrupules, on pourrait en effet
« se conformer au vœu exprimé par quelques-uns de nos col-
« lègues et dire : La délibération sera *dans tous les cas* trans-
« mise, etc. »

Et le *Moniteur* constate que l'article fut adopté en ces termes.

L'opinion de M. Duvergier est celle de MM. Dufour (*Traité de droit administratif*, t. III, n° 56) et Dalloz (*Répertoire*, t. X, p. 87). Mais il est à remarquer qu'elle n'a jamais été suivie par l'administration supérieure. A aucune époque le ministre de l'intérieur n'a considéré l'autorisation de plaider accordée par le conseil de préfecture comme obligeant le maire à agir et autorisant par suite le préfet à intervenir en vertu de l'arti-

Digitized by Google

cle 15. On peut citer notamment une circulaire du 7 janvier 1840 et une décision ministérielle insérées au *Bulletin officiel du ministère de l'intérieur*, année 1862, n° 35. Mais il faut citer surtout, parce qu'elle est spécialement relative au cas où la commune est défenderesse, une circulaire du 10 octobre 1842, rapportée par M. Reverchon (*Autorisations de plaider*, p. 107) : « Lorsque les demandeurs en revendication, dit M. le « ministre de l'intérieur aux préfets, vous présentent ainsi « qu'ils y sont obligés par l'article 51 de la loi du 18 juillet « 1837, le conseil de préfecture peut toujours, aux termes de « l'article 52 de la même loi, autoriser la commune à ester en « justice, quand bien même le conseil municipal aurait émis « un vœu contraire. Je dois ajouter toutefois que d'après la « jurisprudence en vigueur l'autorisation ainsi donnée d'office « est une simple faculté et non pas une injonction. Mais on « conçoit facilement que, même restreinte à une simple trans- « mission, elle doit exercer une influence utile, soit sur les « résolutions ultérieures du conseil municipal, soit sur l'esprit « du tribunal qui serait appelé à statuer par défaut sur l'objet « du litige..... »

Avant d'aborder l'examen des arguments tirés du texte et des travaux préparatoires de l'article 52, arguments qui au premier aspect paraissent si concluants, il importe de rechercher quels sont en général, dans les actions judiciaires intéressant les communes, les rôles respectifs du conseil municipal et du conseil de préfecture.

En ce qui concerne les conseils municipaux, l'article 19 de la loi du 18 juillet 1837 range les actions judiciaires parmi les objets sur lesquels ces conseils sont appelés à *délibérer*, et la nouvelle loi municipale n'a rien innové à cet égard. Or lorsque le conseil municipal *délibère*, sa délibération est exécutoire, sauf bien entendu l'approbation par le préfet ou toute autorité désignée à cet effet par les lois et règlements. Et le droit de l'autorité supérieure se borne à accorder ou à refuser cette approbation. L'initiative, l'action restent au conseil municipal; l'administration qui exerce la tutelle ne peut modifier la décision de ce conseil et encore moins prendre une décision contraire, à moins qu'elle n'y soit autorisée par une disposition spéciale de la loi, comme par exemple lorsqu'il s'agit de dépenses obligatoires. (Art. 30 et 61.)

Digitized by Google

C'est ce droit d'action et d'initiative, sauf approbation, qui différentie la délibération des simples avis que le conseil municipal est appelé à donner sur un certain nombre de questions intéressant la commune, mais pour lesquelles le droit de décision, la solution appartiennent à l'administration. Ces principes si souvent rappelés se trouveraient-ils modifiés, en ce qui concerne les actions judiciaires, par cette seule circonstance que la loi a transporté pour ce cas les fonctions ou du moins une partie des fonctions de la tutelle administrative au conseil de préfecture? Non. Les actions judiciaires n'en rentrent pas moins dans la catégorie des objets sur lesquels le conseil municipal délibère, et rien n'indique que le conseil de préfecture ait un autre droit que celui d'autoriser ou non l'exécution de la délibération, c'est-à-dire le procès que la commune veut soutenir.

Pour porter atteinte au principe général et permettre en cette matière à l'administration de substituer sa décision et celle du conseil de préfecture à la décision du conseil municipal, il faudrait une disposition spéciale et exceptionnelle. L'article 49, le premier qui parle de l'autorisation du conseil de préfecture, paraît conçu dans un esprit tout opposé. « Nulle « commune ou section de commune ne peut introduire d'ac- « tion sans être autorisée par le conseil de préfecture. »

La commune veut introduire une action, il lui faut l'autorisation. Mais quel est le représentant naturel de la commune? Le maire muni d'une délibération du conseil municipal, dont il n'est à cet égard que l'exécuteur et l'agent. L'article 49 ne se préoccupe d'aucune exception, parce qu'en effet aucune exception n'est dans la pensée du législateur; l'autorisation est envisagée par cet article comme un laissez-passer, une approbation nécessaire pour permettre l'exécution de la délibération du conseil municipal et ouvrir les portes du tribunal à la commune qui veut plaider.

La conséquence à tirer de ces principes et de l'article 49, c'est que lorsqu'il s'agira d'introduire un procès, et de prendre le rôle de demandeur, jamais le préfet ne pourra se servir de l'article 15 pour plaider, au nom de la commune, aux lieu et place du maire et au refus du conseil municipal.

Cette solution à vrai dire n'a pas été longtemps contestée; elle ne l'a point été en tout cas par MM. Duvergier, Dufour et

Digitized by Google

Dalloz, qui ne se sont prononcés que pour le cas où la commune serait défenderesse. Elle se trouve indirectement mais formellement consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État, qui décide qu'un conseil de préfecture ne peut autoriser une commune à intenter une action que lorsque le conseil municipal a délibéré qu'il y avait lieu d'en demander l'autorisation. 30 juillet 1840 (*Commune de Saint-Pierre-lez-Calais*) et 6 décembre 1860 (de Talleyrand-Périgord). Enfin la Cour de cassation n'a jamais hésité à lui donner son approbation, et les tentatives préfectorales, non conformes du reste à la jurisprudence du ministère de l'intérieur, ont toujours échoué devant elle.

Le 28 juin 1843, la chambre civile a rejeté comme non recevable, ayant été formé par une personne sans qualité, un pourvoi du préfet d'Ille-et-Vilaine, introduit en vertu de l'article 15 au refus du conseil municipal et du maire de la commune de Préchâtel (Sir., 1843, 1, 581). Même solution le 7 juillet 1852, sur les conclusions conformes de M. Nicias Gaillard (Sir., 1852, 1, 726). Voir également arrêts de la chambre des requêtes, des 4 avril 1843 (Dalloz, 1843, 4, p. 81) et 27 mai 1850 (Sir., 1852, 1, 724).

Mais s'il en est ainsi lorsque la commune est demanderesse, pourquoi en serait-il autrement lorsqu'il s'agit pour elle de défendre à une action intentée par un tiers? Pourquoi, lorsque la commune est défenderesse, l'autorisation du conseil de préfecture acte de tutelle changerait-elle de caractère? Pourquoi devrait-elle alors avoir des effets plus énergiques et devenir impérative? Il est difficile de s'en rendre compte tout d'abord, et en dehors de toute argumentation de texte cette distinction apparaît naturellement comme peu rationnelle. Telle n'a point été cependant l'opinion de la Cour impériale de Riom, car, après avoir établi nettement la distinction dans son arrêt du 27 juin 1861 (Sir., 1863, 1, p. 534), elle ajoute : « Que la raison de cette différence s'aperçoit aisément, qu'elle tient à ce que la négligence de la commune à exercer les actions qui peuvent lui appartenir, n'entraîne pas en général la déchéance de son droit, tandis que quand un procès lui est intenté sa négligence à se défendre l'expose manifestement à perdre son droit. » Mais n'est-ce pas là une erreur, et en droit n'est-ce pas plutôt le contraire qui serait vrai, et la commune ne pourrait-elle

Digitized by Google

point être amenée plus sûrement à la perte de son droit lorsqu'elle s'abstient d'agir que quand elle néglige de se défendre? Si elle n'agit pas, l'inaction seule prolongée pendant un certain laps de temps amène infailliblement l'anéantissement de son droit, droit de propriété ou de créance. Si au contraire elle néglige de se défendre et d'user de l'autorisation du conseil de préfecture, sa cause n'est pas nécessairement perdue. Il ne faut point oublier en effet ni l'article 150 du Code de procédure civile, qui prescrit au juge de n'adjuger au demandeur les conclusions prises contre le défaillant qu'autant qu'elles se trouvent justes et bien vérifiées, ni l'article 83 du même Code, qui ordonne la communication des causes intéressant les communes au ministère public. Les raisons qui auront décidé le conseil de préfecture à résoudre la question en faveur de la commune pourront être facilement reproduites, le juge les examinera nécessairement, et la commune peut très-bien, malgré sa négligence ou son refus, ne pas perdre son procès et conserver son droit si droit il y a.

Lorsqu'il s'agit pour les communes de plaider devant les juridictions administratives, elles n'ont pas besoin d'être autorisées par le conseil de préfecture, et jamais l'autorisation de plaider ne peut avoir pour conséquence de les forcer d'entamer ou de soutenir un procès malgré elle, jamais par conséquent le préfet ne peut agir en vertu de l'article 15. Or on ne voit aucune raison pour protéger plus efficacement la commune défenderesse devant l'autorité judiciaire que devant l'autorité administrative. On pourrait dire tout aussi bien que quand un procès est intenté contre elle, devant la juridiction administrative, sa négligence à se défendre l'expose manifestement à perdre son droit.

Pour justifier l'exception qu'on veut établir dans le cas spécial où la commune est défenderesse, il faut autre chose que les raisons invoquées par la Cour de Riom en 1861, il faut un texte formel dans lequel on voie clairement cette dérogation.

Ce texte existe-t-il? Nous avons déjà vu qu'on avait cru le trouver dans l'article 52 interprété d'après le discours de M. Gillon, auquel avait adhéré la Chambre des députés dans la séance du 10 février 1837.

Voyons d'abord le texte; nous examinerons ensuite le sens

Digitized by Google

que le législateur de 1837 a définitivement voulu lui donner.

Ce texte déjà cité plus haut exprime que la délibération du conseil municipal « sera *dans tous les cas* transmise au conseil de préfecture *qui décidera* si la commune doit être autorisée à ester en jugement. » Les expressions soulignées ont fourni aux partisans du droit des préfets l'argumentation suivante : Si dans tous les cas, a-t-on dit, le conseil de préfecture doit être appelé à décider, il en résulte que même dans le cas où le conseil municipal aurait délibéré en sens contraire le conseil de préfecture peut encore décider que l'autorisation doit être accordée; et s'il le peut, c'est que cette autorisation a une force coercitive. Si le rédacteur avait entendu que l'autorisation du conseil de préfecture ne serait obligatoire qu'autant qu'elle serait d'accord avec la délibération du conseil municipal, il n'aurait donné au conseil de préfecture le droit de décider que dans un cas seulement et non dans tous les cas.

Même en prenant le texte de l'article 52 isolément et en lui-même, cette argumentation n'est pas exacte. Quelle est, en effet, la question que le conseil de préfecture est appelé à décider? Est-ce, ainsi qu'on le suppose, la question de savoir si la commune *doit ester en justice?* Non. L'article le dit très-clairement : « Si *elle doit être autorisée à ester en justice.* » Or être autorisé à plaider, et être obligé de plaider, sont deux choses bien différentes. L'autorisation est une permission qui, une fois accordée, accroît la liberté d'agir; elle ne la supprime pas.

Si nous recourons maintenant aux discussions qui ont précédé le vote de l'article 52, on y trouve, il est vrai, le commentaire déjà cité de M. Gillon, commentaire qui, à la séance du 10 février 1837, paraît avoir reçu l'approbation de la Chambre des députés. Mais, depuis le 10 février, la discussion a continué devant la Chambre des pairs, et sur la proposition de M. Portalis on vota l'article 52 modifié en ce sens que la commune serait laissée maîtresse de ne pas se défendre si elle le voulait et qu'en cas de refus il n'y aurait même pas lieu pour le conseil de préfecture d'autoriser. Aucun doute ne peut s'élever à cet égard, et voici le texte proposé par la Chambre des pairs : « La délibération du conseil muni-« cipal sera dans tous les cas transmise au conseil de pré-« fecture. Lorsque le conseil aura été d'avis de soutenir,

Digitized by Google

« le conseil de préfecture autorisera la commune, s'il y a « lieu, à ester en jugement. » C'est ainsi que la loi revint à la Chambre des députés. Là M. Vivien, rapporteur de la commission, et la commission elle-même qui n'avaient jamais partagé les idées de M. Gillon, ne crurent pas qu'il était nécessaire de modifier la rédaction adoptée par la Chambre des députés le 10 février pour donner une suffisante satisfaction à la proposition de M. Portalis. L'ancien texte fut donc maintenu avec les expressions *dans tous les cas*, parce qu'en réalité la commission désirait que dans tous les cas le conseil de préfecture fût appelé à décider s'il y avait lieu ou non d'autoriser la commune, bien que le conseil municipal fût d'un avis contraire, il pouvait arriver en effet qu'éclairé par les motifs donnés par le conseil de préfecture, le conseil municipal changeât d'opinion. On voit très-bien dès lors quelle était la différence de ce système avec celui de la Chambre des pairs, qui ne voulait pas que dans le cas d'avis négatif du conseil municipal le conseil de préfecture fût appelé à donner d'autorisation. Dans le système de la Chambre des pairs il y aurait eu uniformité; les choses se seraient passées lorsque la commune était défenderesse comme elles devaient se passer lorsqu'elle était demanderesse, sauf cependant que la délibération même négative aurait été envoyée au conseil de préfecture. Mais en vérité à quoi bon si le conseil de préfecture n'avait rien à y faire?

Le rapport de M. Vivien (*Moniteur* du 18 mai 1837, p. 1226) indique parfaitement le caractère définitif et transactionnel de l'article 52; il ne consacre ni le système de M. Gillon ni celui de la Chambre des pairs.

« L'article 52, dit M. Vivien, veut que le conseil de préfec- « ture soit appelé à se prononcer sur toute délibération du « conseil municipal relative à un procès intenté contre la « commune. Quand le conseil est d'avis de plaider, le conseil « de préfecture doit décider s'il convient de donner l'autori- « sation nécessaire. Mais quand le conseil municipal refuse de « se défendre, y a-t-il encore lieu pour le conseil de préfec- « ture de statuer sur l'autorisation, et pourrait-il l'accorder « malgré ce refus? Vous vous êtes prononcés pour l'affirma- « tive (tel avait été en effet le système primitivement adopté, « système auquel M. Gillon avait ajouté la nécessité pour le

Digitized by Google

« conseil municipal d'obéir à l'arrêté d'autorisation); la Chambre des pairs a adopté l'opinion contraire. Dans son intention, quand le conseil municipal refuse de plaider, le conseil de préfecture *ne peut intervenir* pour *permettre* une défense à laquelle la commune renonce. Ce serait imposer à celle-ci une obligation qu'elle ne peut être tenue de subir (celle de demander une autorisation dont elle ne veut pas). Malgré cette objection, nous persistons dans l'opinion que vous aviez adoptée. Le conseil municipal n'est pas plus souverain pour renoncer à se défendre que pour s'y engager.

« A la vérité, la décision du conseil de préfecture ne pourra pas contraindre la commune à prendre un avoué à intervenir activement dans le procès; mais elle pourra atténuer auprès des juges, si une transaction régulière n'arrête pas l'instance, l'effet que produirait le refus du conseil municipal; elle fera peser sur celui-ci et sur le maire une responsabilité qui pourra les engager à réfléchir et les faire revenir de leur première détermination, en leur laissant prévoir qu'un acquiescement n'obtiendrait pas l'aveu de l'administration. »

C'est ainsi entendu que l'article 52 fut voté pour la dernière fois par la Chambre des députés. C'est à cette interprétation qu'ont abouti les discussions que nous avons signalées.

Nous ajouterons toutefois, pour être complet, que, quand la loi ainsi entendue revint devant la Chambre des pairs où elle fut adoptée sans discussion, M. le baron Mounier, rapporteur, commenta cet article dans un sens différent de celui avec lequel il avait été voté (*Procès-verbaux*, t. V, p. 3356).

« Les délibérations du conseil municipal relatives aux procès intentés contre une commune doivent dans tous les cas, dit-il, être soumises au conseil de préfecture. Vous aviez pensé que si le conseil municipal n'était pas d'avis de soutenir la contestation, on ne pouvait contraindre la commune à plaider; en conséquence vous aviez rédigé l'article de manière à montrer que ce n'est que lorsque le conseil municipal est d'avis de se défendre, que le conseil de préfecture peut autoriser la commune à ester en jugement. Mais la Chambre des députés n'a point adopté ce système; *elle a pensé que de même que le conseil de préfecture avait le droit de forcer la commune à céder à une demande légitime, de même elle devait avoir le*

Digitized by Google

droit de contraindre le conseil municipal à refuser de céder à des prétentions. »

C'est dans la dernière phrase que se trouve l'erreur de M. Mounier, qui n'a pas saisi la distinction faite par M. Vivien et le système intermédiaire adopté par la Chambre des députés. Mais qu'importe cette erreur de détail personnelle au rapporteur de la commission? la Chambre des pairs, qui ne s'est livrée à aucune discussion, a bien évidemment sanctionné le vote de la Chambre des députés. Et c'est ainsi que dans la pensée du législateur l'article 52 ne déroge nullement aux principes généraux qui s'opposent à ce que l'autorisation accordée ait pour conséquence de contraindre une commune à plaider malgré elle.

L'arrêt de Riom du 27 juin 1861 a été cassé le 30 novembre 1863, et l'arrêt de la Cour suprême, qui renvoyait la cause et les parties devant la Cour de Bourges, a entendu l'article 52 dans le sens que nous venons d'expliquer (Sir., 1863, 1, p. 535. Voir également M. Reverchon, *Autorisations de plaider*, n° 32, et M. Trolley, *Hiérarchie administrative*, t. IV, p. 294). La chambre civile ajoute aux raisons que nous avons développées, que la loi a prévenu les inconvénients et les abus pouvant naître du pouvoir d'option ainsi laissé aux représentants ordinaires de la commune, en consacrant par l'article 49, sous les conditions que cet article détermine, le droit pour tout contribuable inscrit au rôle de prendre en main les actions de la commune que celle-ci aurait refusé ou négligé d'exercer. C'est en effet ce que pourra faire tout contribuable en s'armant de l'autorisation qui lui est aussi nécessaire qu'à la commune elle-même. A ce point de vue encore il y avait donc utilité à donner au conseil de préfecture le pouvoir de statuer dans tous les cas, car l'autorisation accordée peut encourager les contribuables dissidents à défendre.

Mais quelque bonne que fût cette solution, l'arrêt de 1863 contenait un considérant qui, croyons-nous, a été à juste titre critiqué par les auteurs qui ont depuis traité la question. Il débute en effet en ces termes : « Vu l'article 15 de la loi du « 18 juillet 1837; — Attendu que le pouvoir conféré au préfet « par l'article 15 de la loi du 18 juillet 1837, de procéder d'of- « fice par lui-même ou par un délégué spécial aux actes que « le maire refuserait ou négligerait de faire, ne lui est donné

Digitized by Google

« que pour les cas où il s'agit d'actes prescrits au maire par « la loi; — Attendu qu'aucune disposition de loi ne prescrit « au maire l'obligation d'ester en justice, contrairement à son « opinion et à celle du conseil municipal, pour y défendre à « une action intentée contre la commune; — Attendu que si « l'on doit considérer comme prescrits par la loi les actes dont, « aux termes de l'article 9, le maire est chargé sous l'autorité « de l'administration supérieure, il n'en est pas de même des « actes que la loi s'est bornée à placer sous la surveillance de « cette administration, et que dans le pouvoir de surveillance « n'est pas compris le pouvoir d'action; — Attendu que c'est « sous la surveillance de l'administration supérieure et non « sous son autorité que le maire est chargé des attributions « énumérées en l'article 10, au nombre desquelles est celle de « représenter la commune en justice, soit en demandant, soit « en défendant..... »

Le motif tiré de ce que le maire était chargé de représenter la commune seulement sous la *surveillance* de l'administration supérieure, avait déjà trouvé place dans d'autres arrêts, notamment dans le premier de tous, celui du 28 juin 1843, qui refusait au préfet le droit d'agir au nom de la commune demanderesse malgré le conseil municipal, et aussi dans un arrêt de la chambre criminelle du 8 janvier 1859 (Sir., 1859, 1, 638), où on lit que le pouvoir de l'article 15 ne s'applique restrictivement qu'aux fonctions dont les maires sont tenus de s'acquitter sous *l'autorité* de l'administration supérieure, 1° pour la publication et l'exécution des lois et règlements, 2° pour les fonctions spéciales qui leur sont attribuées, 3° pour l'exécution des mesures de sûreté générale.

La doctrine énoncée dans ces considérants a été vertement blâmée par M. Serrigny, dans la dernière édition de son *Traité sur l'organisation et la compétence administrative* (n° 403). « C'est là, dit-il, une véritable hérésie juridique, car il résul- « terait que cet article 15 ne s'applique à aucune des attribu- « tions propres au pouvoir municipal énumérées dans l'arti- « cle 10, telles que l'ordonnancement des mandats, etc... Ce « qui est archifaux au suprême degré. » — Déjà dans un article inséré au *Bulletin des tribunaux*, numéro du 18 janvier 1864, p. 33 et suiv., l'honorable M. Aucoc, qui a beaucoup fait pour le succès de l'opinion qui a définitivement triomphé, avait

Digitized by Google

adressé à l'arrêt de 1863, dans un langage moins dur toutefois, des critiques analogues.

N'y a-t-il pas en effet, parmi les attributions propres au pouvoir municipal énumérées dans l'article 10 de la loi de 1837, et dont le maire est chargé seulement sous la surveillance de l'administration supérieure, des actes qu'il ne pourrait négliger ou refuser de faire sans manquer à une prescription positive? Oui certainement. Eh bien, l'article 15, pour conférer au préfet le droit d'agir, n'exige qu'une seule condition : que l'acte dont s'agit soit prescrit par la loi au maire récalcitrant ou négligent.

On a cité l'exemple de l'ordonnancement des mandats; lorsque sans contestation la commune doit, le maire qui est l'administrateur a évidemment le devoir de faire en son nom les actes nécessaires pour l'acquittement de sa dette, sans cela il manquerait aux fonctions que la loi lui impose; s'il néglige l'ordonnancement, il est de jurisprudence courante que le préfet le fasse en son lieu et place.

On a cité encore, et avec non moins de raison pour ce qui est relatif à la voirie municipale dont parle le n° 1 de l'article 10, l'exemple des alignements; le maire a le pouvoir et aussi le devoir de donner des alignements aux propriétaires qui veulent construire le long des voies publiques. S'il s'y refuse, le propriétaire, qui en définitive a un droit à faire respecter, ne pourra-t-il pas prétendre que le maire n'obéit point aux prescriptions de la loi et demander au préfet d'user du droit qui lui est conféré par l'article 15?

En règle générale lorsqu'il s'agit des matières, qui sont réglées par le conseil municipal, ou sur lesquelles ce conseil délibère. Quand les délibérations sont devenues exécutoires, qui a mission de veiller à l'exécution? Le maire, pouvoir exécutif de la commune. S'il néglige ou refuse de le faire, il manque incontestablement aux obligations précisément inhérentes à ses fonctions, à ce qui par conséquent lui est prescrit par la loi qui l'institue. Dès lors c'est au préfet d'agir en vertu de l'article 15, à moins que l'on ne préfère laisser aux conseils municipaux dans ce cas le soin d'assurer l'exécution de leurs délibérations en déléguant un de leurs membres, pour vaincre la résistance du maire qui ne peut évidemment l'emporter sur la volonté du conseil. Mais un tel remède, désirable peut-être,

Digitized by Google

est-il dans l'esprit des lois municipales actuelles? Il est plus que permis d'en douter.

On s'est appuyé, pour restreindre l'application de l'article 15 aux trois cas cités dans l'article 9, sur le passage du rapport de M. Vivien, qui, comme nous l'avons vu, exprime que pour prévenir toutes difficultés la commission a effacé les mots qui présentaient un sens vague, et limite le droit du préfet aux actes prescrits par la loi. Le projet primitif, a-t-on dit, parlait non-seulement des actes mais aussi des *obligations* qui sont prescrites au maire; la suppression de cette dernière expression a limité le sens et la portée de l'article 15. Nous répondons : le mot *obligations*, pris dans le sens strict où on l'avait entendu, n'ajoutait rien à la rédaction de l'article 15; lorsqu'une obligation positive et précise est prescrite au maire, par cela même il y a un acte qu'il doit faire et qui lui est prescrit par la loi. Mais le mot *obligation* était un de ces mots à signification vague et qui pouvaient être dangereux; il n'indiquait pas avec assez de précision la pensée de la loi; le préfet aurait pu l'invoquer et dire, par exemple : La première obligation du maire est de bien administrer sa commune; tel maire néglige cette obligation; il ne propose pas tels travaux incontestablement utiles; il s'abstient de prendre telle mesure de police municipale qui est indispensable. Substituant mon appréciation à la sienne qui est erronée, j'interviens en vertu de l'article 15. Non, dit M. Vivien déjà cité, il ne fallait pas qu'il y eût de doute; il ne fallait pas qu'à l'aide de l'article 15 le préfet pût annuler l'autorité municipale, et c'est pour prévenir toute incertitude à cet égard, le rapport le dit formellement, que cette expression a disparu.

Cette dernière interprétation, qui nous paraît la plus exacte, a pour conséquence de permettre au préfet de défendre en justice lorsque le conseil municipal a délibéré qu'il y avait lieu de le faire, et que la commune ayant été autorisée le maire s'y refuse; lors, en effet, que le maire refuse ou néglige d'exécuter la délibération du conseil rendue exécutoire par l'autorisation, il manque à une prescription formelle de la loi. Dans le système de la chambre civile et de la chambre criminelle, le préfet, dans cette hypothèse, aurait encore les bras liés, et l'entêtement du maire l'emporterait sur la volonté de la commune, manifestée par le conseil municipal.

Digitized by Google

La Cour de Bourges, chargée de statuer sur le renvoi après cassation, a protesté dans son arrêt contre l'interprétation donnée à l'article 15 par l'arrêt de cassation : « En droit, dit-« elle, considérant que, soit sous l'autorité (art. 9), soit sous la « surveillance de l'administration supérieure (art. 10), le maire « est chargé d'accomplir certains devoirs et de pourvoir à « certains intérêts; que les actes que ces obligations de na-« tures diverses lui imposent sont également prescrits par la « loi, et qu'ainsi l'article 15, dans la généralité de ses termes, « s'applique aux uns comme aux autres. » Mais l'arrêt termine en interprétant l'article 52 dans le même sens que la Cour de Riom. Bourges, 27 juillet 1864 (Sir., 1864, 2, 228).

C'est en cet état que l'affaire est revenue devant les chambres réunies de la Cour de cassation.

L'arrêt solennel du 3 avril dernier consacre définitivement l'opinion que nous avons soutenue sur l'article 52 de la loi. S'il est vrai, dit-il, que l'article 52, lorsqu'il s'agit d'une action intentée contre la commune, exige que la délibération du conseil municipal, dans quelque sens qu'elle ait été formulée, soit transmise au conseil de préfecture qui décide si la commune doit être autorisée à ester en jugement, cet article n'ajoute nullement que cette autorisation, si elle intervient contrairement à l'avis du conseil municipal, aura pour effet de s'imposer à ce dernier et au maire, de rendre la défense obligatoire et de contraindre le maire à la proposer malgré la délibération contraire du conseil municipal.

Mais la thèse de l'interprétation restrictive de l'article 15 de la loi de 1837 n'a pas trouvé, près des chambres réunies, la même faveur qu'en 1863, près de la chambre civile. On lit en effet, dans l'arrêt solennel, les deux motifs suivants :

1° « Attendu que si l'article 10, n° 8, charge le maire sous « la surveillance du préfet de représenter en justice, soit en « défendant la commune dûment autorisée, ni cet article ni « aucune autre disposition législative ne prescrit au maire de « se présenter pour la commune, devant les tribunaux, sans « l'autorisation du conseil municipal.....

2° « Attendu, d'autre part, que l'acte auquel le maire refuse « son action ne reste pas dans la catégorie des actes d'intérêt « général prévus par l'article 9, qui ne sont accomplis par le « maire que sous l'autorité de l'administration supérieure, et à

Digitized by Google

« l'égard desquels les préfets, entre les mains de qui l'autorité « se trouve alors concentrée, peut incontestablement agir lui-« même..... »

Le premier de ces motifs admet incontestablement la possibilité de l'action préfectorale, dans les cas prévus par l'article 10, lorsque cet article ou toute autre disposition de loi prescrit au maire lui-même d'agir au nom de la commune, c'est-à-dire d'agir seulement sous la surveillance de l'administration supérieure.

Ainsi l'arrêt du 3 avril contient, croyons-nous, deux solutions également bonnes; toutes les deux aboutissent à reconnaître la souveraineté relative du conseil municipal pour les procès intéressant la commune. C'est aux conseils municipaux maintenant à user de leurs droits avec sagesse.

CHARLES HÉRISSON.

DISTINCTION DES SERVITUDES EN DROIT FRANÇAIS [1],

Par M. MACHELARD, professeur de droit romain à la Faculté de droit de Paris.

81. Après avoir analysé les textes du droit romain, relativement aux distinctions admises entre les servitudes prédiales, nous abordons le même sujet dans le droit actuel. Nous avons déjà laissé pressentir que nous n'étions pas disposé à approuver toutes les décisions de notre Code en cette matière. Essayons de justifier les critiques dont nous paraît susceptible la théorie moderne.

82. Notre législateur a consacré une triple distinction parmi les servitudes, suivant qu'elles sont urbaines ou rurales, continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes. Nous négligerons la première de ces divisions, sur l'inutilité de laquelle tout le monde est d'accord, et nous nous bornerons à apprécier l'opportunité des deux autres antithèses, continuité ou discontinuité, apparence ou non-apparence. Ces derniers

[1] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248 et 518; t. XXX, p. 262 et 440.

Digitized by Google

caractères sont les seuls qui aient de l'importance, et dont il faille tenir compte afin de déterminer les règles à appliquer pour la constitution ou l'extinction des servitudes. L'admission ou le rejet de l'action possessoire se lie également à cette double distinction.

83. Entre les deux divisions des servitudes qui présentent un intérêt positif dans le droit actuel, celle qui repose sur la continuité ou la discontinuité est assurément prépondérante. Elle est la plus féconde en conséquences ; car elle joue son rôle, soit au point de vue de l'établissement des servitudes, soit au point de vue de leur extinction, tandis que sous ce dernier rapport l'apparence ou la non-apparence est indifférente. La continuité est d'ailleurs un élément dont la véritable détermination présente des difficultés, malgré le soin qu'a pris le législateur de définir ce qu'on devait entendre par là. Aussi verrons-nous que des dissidences se sont produites tant dans la jurisprudence que dans la doctrine pour décider si telle servitude doit être envisagée comme continue ou discontinue.

84. Nous dirons tout d'abord, en commençant cette dissertation, que le signe pris pour base de la continuité ou de la discontinuité ne méritait pas à nos yeux l'importance que lui ont donnée les rédacteurs du Code. Aux termes de l'art. 688, la continuité tient à cette circonstance que le fait *actuel* de l'homme est inutile pour l'*usage* ou l'*exercice* de la servitude; la discontinuité dérive de la nécessité du fait *actuel* de l'homme dans le même but. Voilà la distinction capitale aujourd'hui, celle qui sert de fondement à toute la théorie actuelle sur les modes de constitution ou d'extinction. Les servitudes qui offrent le caractère de continuité, ainsi déterminé, ont été traitées avec faveur, tandis qu'une grande sévérité a été déployée à l'égard des servitudes qualifiées discontinues. Il y a peut-être témérité à blâmer cette distinction, qui est généralement approuvée, et dont le sens, a-t-on prétendu, a été précisé avec beaucoup de clarté. Nous espérons nous faire absoudre de ce reproche, si nous réussissons à démontrer que les expressions employées dans l'article 688 ne correspondent pas exactement à la véritable pensée du législateur. On peut douter aussi qu'il y ait eu chez lui un système bien arrêté quant aux conditions de l'établissement des servitudes par la destination du père de famille. Du moins la grave controverse, qui

Digitized by Google

s'est élevée sur l'influence appartenant ici à l'élément de continuité ou discontinuité, a trouvé sa cause dans l'incertitude de doctrine que semble accuser le rapprochement des articles 692 et 694. Les longues discussions auxquelles ces articles ont donné lieu n'ont pas abouti, nous le croyons, à dégager une solution satisfaisante du problème, et à dissiper l'obscurité du style législatif.

85. L'intérêt principal qui s'attache dans notre droit à la continuité ou à la discontinuité concerne les règles suivant lesquelles peuvent se constituer les servitudes. Nous verrons plus tard que, si cet élément reparaît à l'occasion de l'extinction des servitudes, il ne joue en cette occurrence qu'un rôle peu important, rôle qui doit sans doute être relevé théoriquement en l'honneur de l'article 707, mais qui, en réalité et dans la pratique des faits, a bien peu de chances pour offrir de l'utilité. Il en est tout autrement de la valeur accordée au caractère de continuité en vue d'autoriser tel ou tel mode d'établissement. Les textes du Code sont fort positifs pour écarter la prescription comme moyen d'acquérir une servitude toutes les fois qu'elle n'est pas en même temps apparente et continue. A l'égard de la destination du père de famille, nous avons signalé la difficulté que présente la question de savoir s'il faut encore ici faire une part à la distinction puisée dans la continuité ou la discontinuité. Nous aurons à y revenir; mais, comme il est incontestable que c'est surtout au point de vue de l'efficacité de la possession en matière de servitudes que notre législation a le plus nettement accusé la démarcation entre celles qui seraient continues et celles qu'on devrait appeler discontinues, nous nous occuperons en premier lieu d'examiner la base sur laquelle est assise cette division, et d'apprécier les conséquences qui en ont été déduites relativement à la prescriptibilité des servitudes.

86. On n'a pas oublié que l'origine de la distinction capitale reconnue par nos lois a été souvent attribuée au droit romain. La division des servitudes en continues ou discontinues se trouvait, a-t-on dit, contenue en germe dans la division des servitudes en urbaines ou rurales, avec laquelle elle s'harmonisait à peu de chose près. L'une des divisions devait nécessairement engendrer l'autre, qui ne serait qu'une rectification

Digitized by Google

de la première, en ce qu'elle laissait à désirer. Les efforts des commentateurs auraient préparé ce perfectionnement, et notre législateur aurait eu le mérite de dégager définitivement le véritable caractère dont il y a lieu de tenir compte pour différencier les règles applicables aux servitudes. — Nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer que ce système prête aux rédacteurs de notre Code une intention qu'ils n'ont pas eue assurément. Il ne pouvait être dans leur esprit de supplanter la distinction des servitudes urbaines ou rurales par celle des servitudes continues ou discontinues, puisqu'ils ont religieusement conservé l'antique distinction, en lui donnant un sens autre que celui qu'ils attachaient à la continuité ou discontinuité. Dans tous les cas, l'usage que les rédacteurs du Code ont fait de la distinction nouvelle qu'ils consacraient législativement ne leur était pas inspiré par l'idée de suivre les errements du droit romain. Nous avons constaté, en effet, que cette législation n'établissait aucune différence entre les servitudes quant à la possibilité de les acquérir au moyen d'une possession suffisamment prolongée. Les exigences du droit romain, quant à la durée du temps, étaient d'ailleurs moindres que celles de notre droit, qui n'admet pas d'une manière générale la prescription. A Rome, on se contentait d'une *longa possessio*, dont le terme était fixé quelquefois à dix années, et ne dépassait jamais vingt ans. Chez nous, au contraire, la possession doit se continuer pendant trente années pour qu'il y ait prescription faisant acquérir une servitude; et cet effet ne se produit qu'autant que la servitude est continue, la possession même immémoriale restant impuissante pour l'établissement d'une servitude discontinue. Concluons-en que, s'il est bon de distinguer entre les servitudes pour ouvrir aux unes et fermer aux autres la faculté de se constituer par la voie de la possession, c'est là une doctrine étrangère aux jurisconsultes romains, qui n'ont point à cet égard imaginé de poser des règles diverses suivant qu'il s'agirait d'une servitude appartenant à telle catégorie plutôt qu'à telle autre.

87. Il ne saurait y avoir un doute sérieux sur le motif qui a dicté les articles 690 et 691, par lesquels se trouve aujourd'hui régie l'application de la prescription comme moyen d'acquérir les servitudes. On a voulu opérer une transaction entre les

Digitized by Google

dispositions diverses que présentait à ce sujet le droit antérieur au Code, dispositions fort discordantes, dont la variété infinie a été relevée notamment par Lalaure. La condamnation absolue de la prescription, qui prévalait dans la plupart des coutumes, c'est-à-dire la maxime *nulle servitude sans titre* a paru trop rigoureuse. D'un autre côté, le système en opposition directe avec le précédent, système qui admettait la prescription pour toutes les servitudes indistinctement, a été écarté comme entraînant de graves inconvénients. On s'est donc arrêté à un terme moyen, en faisant deux catégories de servitudes, dont les unes seraient susceptibles de s'établir par la prescription, tandis que les autres seraient exclues de ce mode de constitution. Là où la servitude offre à la fois le caractère d'apparence et celui de continuité, notre législateur a estimé qu'il n'y avait pas danger à ouvrir la voie à la prescription; mais la réunion de ces deux conditions a été jugée indispensable, et à défaut de l'une d'elles, la possession, fût-elle immémoriale, a été déclarée dépourvue de toute valeur.

88. En ce qui concerne la condition d'apparence, on n'est pas embarrassé pour la justifier; elle tient à un caractère exigé dans la possession pour qu'elle soit utile à l'effet de prescrire, savoir la publicité. C'est donc très-justement que la prescription a été rejetée quant aux servitudes que les anciens auteurs appelaient latentes, occultes, non visibles, qui sont qualifiées aujourd'hui de non-apparentes, pour lesquelles, suivant les expressions de l'article 689, il n'y a point signe extérieur d'existence. Il faut que le propriétaire d'un fonds, que l'on veut grever d'une servitude à la suite d'une possession prolongée, ait été en mesure de s'opposer à l'accomplissement de la prescription, que par conséquent il ait pu s'apercevoir aisément des actes de jouissance dont la répétition continuée paisiblement et sans trouble devait avoir pour résultat d'engendrer une servitude, ou du moins de dispenser de rapporter le titre qui l'a jadis créée. Nous concédons volontiers qu'à cet égard on ne se montre point facile, qu'on ne se décide à sacrifier la liberté d'un héritage qu'autant que le maître du fonds assujetti, bien et dûment averti de la prétention à la servitude, dont les signes se révélaient clairement à ses yeux, aura gardé pendant trente ans un silence, duquel on est fondé à induire qu'il a avoué la nécessité de subir comme régulier un

Digitized by Google

état de choses parfaitement connu de lui, et dont il ne cherche à écarter le poids que quand il espère trouver son adversaire dépourvu des moyens de prouver son droit.

89. Mais pourquoi l'apparence dans une servitude ne suffit-elle pas à légitimer la prescription? Pourquoi à ce caractère doit-on ajouter celui de la continuité, c'est-à-dire que le fait *actuel* de l'homme soit inutile pour l'usage de la servitude? En vain le prétendant à la servitude se sera-t-il permis des actes très-onéreux pour le fonds voisin, causant un préjudice sensible au propriétaire de ce fonds. En vain se sera-t-il comporté de la façon la plus ouverte, la plus éclatante; aura-t-il manifesté ses intentions par des ouvrages extérieurs, en travaillant sur l'héritage d'autrui, en le disposant à son gré de manière à le rendre propre à lui rendre les services qu'il est dans l'habitude d'en retirer. Quelque durée qu'ait eu une possession aussi caractérisée, elle est condamnée à rester stérile pour produire un droit, si par hasard la servitude est telle que le maître du fonds qui serait dominant ait été dans l'obligation, chaque fois qu'il a voulu se procurer l'avantage par lui obtenu, de faire quelque chose, de déployer une activité nouvelle. C'est là ce qui constitue le vice de discontinuité, par suite duquel la prescription est écartée, même en présence d'une possession immémoriale.

90. Pour rendre compte de cette exigence, les premiers auteurs qui ont interprété le Code Napoléon avaient imaginé de conclure de la discontinuité de la servitude, entendue ainsi que la définit l'article 688, au défaut de continuité dans la possession, c'est-à-dire à l'absence de l'une des qualités sans lesquelles la possession est impuissante à engendrer la prescription. Telle fut la doctrine enseignée par Delvincourt, Pardessus, Demante et Duranton. Cette explication semblait s'étayer de l'autorité du droit romain; on avait soin, en effet, d'invoquer à l'appui un texte de Paul, la loi 14, *pr.*, *De servit.*, texte malheureux, qui est assurément le point de départ des fausses idées à l'aide desquelles s'est fondée la théorie, beaucoup trop absolue à notre gré, suivant laquelle les servitudes dites discontinues doivent généralement être exclues du bénéfice de la prescription. Ce fragment, nous le connaissons déjà, et nous avons eu occasion de le citer dans la première partie de notre travail. Paul veut établir cette proposition, que les servi-

Digitized by Google

tudes rurales ne sont pas susceptibles d'*usucapion*. La chose était facile, puisqu'une loi Scribonia avait été portée précisément en vue de soustraire les servitudes au domaine de l'usucapion, ainsi que nous l'apprend ailleurs le même jurisconsulte. Au lieu de s'en tenir à cette raison péremptoire, Paul allègue deux motifs, dont l'un n'est pas meilleur que l'autre. Le premier consiste à dire que les servitudes rurales sont incorporelles, ce qui est également vrai à l'égard des servitudes urbaines, et ce qui d'ailleurs en soi n'est pas un obstacle à l'acquisition par la possession. Paul ajoute ce second motif, que les servitudes rurales ne se prêtent pas à une possession certaine et continue : « *Vel ideo quia tales sunt servitutes, ut* « *non habeant certam continuamque possessionem.* »

91. Laissons de côté quant à présent le caractère de *certitude* sur lequel nous reviendrons, pour ne nous occuper que de la *continuité*. L'idée de la continuité dans la possession serait attachée, suivant Paul, à cette circonstance que l'exercice du droit se manifesterait d'une façon permanente et sans la moindre interruption. C'est la servitude de passage qui est empruntée pour exemple dans la loi 14; cette servitude est en effet celle qui est le plus volontiers citée pour faire comprendre la discontinuité : « *Nemo enim tam perpetuo, tam* « *continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus inter-* « *pellari videatur.* » — Nous ne craignons pas de dire, malgré toute la déférence due à un jurisconsulte aussi éminent, que cette manière d'entendre la continuité de la possession n'était pas plus exacte dans la législation romaine qu'elle ne l'est dans la nôtre. L'acquisition par le temps deviendrait impraticable, si pour acquérir de la sorte il fallait constamment agir sur la chose possédée, ne jamais cesser d'être en contact avec elle, si l'on ne devait rigoureusement tolérer aucune intermittence dans les actes d'exercice du droit. Le texte, on le voit, est inexorable; il n'accorde nul répit, ne fait pas grâce d'une minute (*nullo momento*). Avec ce système, il est clair qu'il faut renoncer à baser une servitude de passage sur la prescription, la chose exigeant une énergie d'activité déniée à l'homme, que l'esprit ne conçoit qu'à titre de supplice infligé par la puissance divine au personnage bien connu que nous offre une légende chrétienne. En revenant aux règles que nous avons constatées précédemment, nous pouvons affirmer que

Digitized by Google

les Romains n'ont pas compris, au point de vue de la continuité, les conditions de la possession avec cette exagération qui la rendrait inaccessible aux forces humaines. Nous avons vu que, si l'usucapion avait cessé de fonctionner pour constituer les servitudes à partir de la loi Scribonia, le Préteur du moins protégeait efficacement, à l'occasion de toutes les servitudes, sans excepter celles qui étaient rurales, la possession prolongée pendant dix ou vingt ans. Sans doute la différence était grande quant à la mesure du temps entre ces deux institutions, *usucapio et longi temporis possessio*. Mais, en réalité, dans les deux cas, c'est toujours la possession, à doses diverses de durée, qui apparaît comme l'instrument de l'acquisition; et au fond, en négligeant des distinctions, qui n'ont qu'un caractère secondaire, on peut dire que l'*usucapio* était un moyen d'acquérir par la possession à bref délai, tandis que la *longi temporis possessio* était un moyen d'acquérir par la possession à une échéance beaucoup plus reculée. Particulièrement, en ce qui concerne les servitudes de passage, la possession du droit de passer, malgré l'impossibilité incontestable d'un exercice sans le plus léger relâche, était si bien prise en considération que le maintien de la possession se trouvait garanti par un interdit spécial. Il suffisait que les actes de passage ne remontassent pas au delà d'une année, quand même ils ne se seraient produits durant le cours de l'année que pendant un espace de temps assez restreint, lequel ne dépassait pas trente jours : « *Vel modico tempore, id est, non minus « quam triginta diebus,* » suivant la loi 1, § 2, *De itin. actuque.*

92. Le législateur français, en plaçant la continuité au nombre des qualités que doit réunir la possession afin de fonder la prescription, n'a pas songé davantage à imposer à celui qui veut prescrire cette perpétuité de mouvement qui serait le signe de la continuité. Une possession continue est une possession exercée d'une façon persévérante, avec esprit de suite, qui n'est pas abandonnée, puis reprise; c'est une possession qui ne craint pas de se manifester autant de fois qu'il y a utilité de le faire, parce qu'elle émane d'un individu ayant conscience de son droit. La fréquence dans la répétition des actes de possession, nécessaire pour constituer la continuité, varie suivant la nature de la chose possédée; elle se mesure

Digitized by Google

sur les besoins qu'éprouve le prescrivant de recourir à l'exercice de la faculté qu'il s'attribue. A propos d'une servitude de passage, l'élément de continuité différera sensiblement d'une espèce à l'autre. S'agit-il d'accéder à une maison, à un jardin, les actes de possession seront quotidiens; que le passage serve à l'exploitation d'une prairie, d'une forêt, le titulaire de la servitude n'en possédera pas moins avec continuité, bien qu'il passe beaucoup moins souvent, pourvu qu'il use du passage chaque fois qu'il y a pour lui nécessité d'en user. Aussi la jurisprudence n'hésite-t-elle pas à admettre l'action possessoire au sujet d'une servitude de passage, du moment où un titre étant invoqué l'origine de la possession cesse d'être suspecte.

93. Le motif tiré de la prétendue impossibilité d'une possession continue à l'égard des servitudes discontinues ne pouvait faire fortune; aussi a-t-il été abandonné par les auteurs les plus exacts. Après Toullier et Proudhon, qui avaient indiqué le véritable sens de cette règle, Belime, dans son *Traité de la possession* [1], s'est attaché à faire ressortir l'inanité de l'explication à laquelle s'étaient d'abord arrêtés les interprètes du Code, et M. Demolombe [2] a prêté l'appui de sa puissante autorité à une autre explication, qui est aujourd'hui généralement admise [3]. La disposition de l'article 691 est fondée sur cette idée que, en matière de servitudes discontinues, à défaut de titre, leur exercice doit être considéré comme n'étant que le résultat d'une tolérance; on ne doit y voir que le témoignage d'un esprit de familiarité, de rapports de bon voisinage. Le législateur désire que de pareils sentiments président aux relations journalières existant entre les propriétaires des héritages qui se touchent; et, pour encourager le développement de ces sentiments, il a pris soin de déclarer que celui qui se montrerait officieux et complaisant ne serait jamais exposé à

[1] Voir n° 256.

[2] *Traité des servitudes*, t. II, n° 786.

[3] Nous croyons pouvoir affirmer que la doctrine de l'école de Paris ne mérite plus le reproche que Belime lui avait adressé à ce sujet. Déjà, en 1851, Ducaurroy, *Commentaire théorique et pratique du Code civil sur l'article* 691, avait signalé exactement l'origine de cette disposition, et en 1853, Demante, *Cours analytique du Code Napoléon*, t. II, n° 546, s'était rallié à cette théorie.

Digitized by Google

éprouver un préjudice. C'est pourquoi, d'une manière générale, la présomption de précarité a été attachée à tous les actes de possession exercés sous la forme d'une servitude discontinue, toutes les fois que le *droit* d'agir ainsi ne se trouve point justifié par l'existence d'un titre.

94. Un coup d'œil jeté sur notre ancien droit français ne permet pas d'hésiter sur l'origine de l'article 691.

95. La question de savoir si la prescription devait être admise comme moyen d'acquérir les servitudes était une de celles qui avaient autrefois le plus tourmenté les esprits. La meilleure partie du traité de Lalaure sur les servitudes réelles est consacrée à l'exposition des règles qui gouvernaient en cette matière les pays de droit écrit et les pays coutumiers. Dans ce tableau curieux, composé avec beaucoup de soin, à l'appui duquel ont été rassemblés de nombreux documents, la France nous apparaît comme un échiquier divisé en une multitude de cases de grandeur fort inégale. Ici la prescription est rejetée d'une façon absolue; là elle est admise, mais presque toujours avec plus ou moins de parcimonie. Bien rarement elle a un jeu libre; elle est en général accompagnée de limitations, de restrictions, de tempéraments, qui changent d'une localité à l'autre. On peut d'ailleurs constater que dans plus d'une contrée les principes étaient loin d'être arrêtés avec fixité. Non-seulement les auteurs se combattaient, mais encore quelques-uns n'étaient pas d'accord avec eux-mêmes; aussi Lalaure a-t-il relevé des variations d'opinion dans les écrits de plusieurs d'entre eux.

96. Cette incertitude fait foi de la difficulté du problème, quand on prétend le résoudre *in abstracto*, au moyen de certaines règles posées *à priori*, règles auxquelles il faudra plier nécessairement toutes les servitudes, quelque différence de physionomie qu'elles puissent offrir. La propriété, l'usufruit sont des droits réels, qui se manifestent par des actes toujours semblables, et faciles à reconnaître. La servitude prédiale est, au contraire, un Protée à mille formes, susceptible de se produire sous les aspects les plus variés. Ce n'est pas uniquement dans la comparaison de tel genre de servitude avec tel autre genre qu'éclate la diversité. On la retrouve également à l'occasion de la même sorte de servitude, c'est-à-dire d'un droit

Digitized by Google

qui ne change pas de nom, quoiqu'il change notablement d'allures, de manière d'être. Prenons la servitude de passage, qui de tout temps a donné lieu aux plus vifs débats quant à la légitimité de la prescription pour son établissement. Quelle ressemblance peut-on trouver entre les deux hypothèses suivantes? Voici un passage qui s'est exercé de loin en loin, sans laisser aucunes traces, qui s'est pratiqué tantôt ici, tantôt là, n'entraînant nul dommage parce que la traversée s'opérait sur un terrain dépouillé de fruits. Voici, d'un autre côté, un passage révélé par des signes patents, facilité par des travaux extérieurs, qui a une assiette fixe, qui condamne à rester stérile le sol employé pour effectuer le passage. Les raisons qu'on peut invoquer pour dépouiller la possession de toute valeur seront très-puissantes dans la première hypothèse, tandis que, dans la seconde, les motifs qui militent en faveur de l'efficacité de la prescription acquerront une prépondérance incontestable. Il n'y a pas de matière où l'appréciation des circonstances joue un rôle plus important, et par conséquent qui soit plus rebelle à s'assujettir à des formules législatives, fixées d'autorité, sans tenir compte des faits essentiellement variables.

97. Pour réglementer ce sujet, on se trouve placé entre deux écueils. D'une part, il y a danger d'exposer trop facilement la propriété à une dépréciation fâcheuse, en sanctionnant à perpétuité des charges dont l'existence ne se sera pas annoncée par une possession suffisante; il y a danger aussi d'éteindre entre voisins l'esprit de familiarité et de concorde, en rendant victime de sa complaisance celui qui aura toléré des actes peu préjudiciables. D'une autre part, on court le risque de compromettre l'existence de droits qui ont été autrefois légitimement acquis, dont le temps seulement a détruit la preuve. La législation romaine avait obéi à cette dernière considération; nous savons que le droit prétorien avait fait prévaloir l'autorité de la possession pour l'établissement de toutes les servitudes sans distinction. Dans notre ancienne jurisprudence française, les inconvénients attachés à la prescription étaient ceux qui avaient le plus vivement frappé; et il y avait eu en général réaction contre les véritables règles du droit romain, bien qu'on eût laissé cependant une certaine part au jeu de la prescription.

Digitized by Google

98. Si nous consultons les usages les plus suivis dans les pays de droit écrit, nous voyons que partout à peu près les parlements avaient modifié la doctrine romaine. En premier lieu, le délai de dix ou vingt ans fut mis de côté pour y substituer la prescription trentenaire, ce qui rendait beaucoup moins menaçante cette voie d'établissement des servitudes, et ce qui avait en outre l'avantage d'écarter les difficultés inhérentes à la condition du juste titre et de la bonne foi, point sur lequel les documents du droit romain présentent peu de certitude. Un autre changement plus important consista à diviser les servitudes en catégories, de manière à n'admettre que pour certaines d'entre elles la prescription trentenaire. On distingua les servitudes qui seules, disait-on, avaient un caractère d'existence continue d'avec celles pour l'usage ou l'exercice desquelles le fait actuel de l'homme était nécessaire. Pour les premières, l'acquisition par une possession de trente ans fut autorisée; quant aux autres, la possession immémoriale fut considérée comme seule capable de les justifier. On croyait, en faisant cette distinction, suivre les errements du droit romain [1]; on s'appuyait en effet sur l'autorité des interprètes les plus accrédités, de Cujas, de Duarcin. On s'imaginait même ouvrir à la prescription ordinaire une carrière plus large que ne l'avaient fait les Romains. La continuité ne fut pas en effet poussée à l'absolu; il suffisait de ce qu'on appelait une quasi-

[1] Il n'est pas douteux pour nous que le droit prétorien accueillait la *longi temporis possessio* même pour les servitudes exigeant le fait actuel de l'homme, celles qu'on a qualifiées *servitutes in faciendo*. La servitude de passage est assurément la servitude discontinue ou intermittente par excellence. Or, à l'occasion d'un droit de passage, les Romains admettaient la *prærogativa longæ possessionis*. Il existait, en effet, au profit du titulaire d'une servitude de passage un interdit appelé *De itinere reficiendo*, qui n'appartenait qu'à celui qui pouvait prouver l'existence d'un *droit* de servitude, à la différence de l'interdit *De itinere utendo*, pour lequel on se contentait de la *possession* dans le cours de l'année du trouble. Cette distinction est signalée dans la loi 3, § 13, D., XLIII, XIX. La loi 4, § 3, *eod. tit.*, met sur la même ligne, quant à l'exercice de l'interdit, celui qui justifie d'un mode de constitution d'après le droit civil et celui qui ne peut invoquer que la *longa possessio*. « *Si quis servitutem jure impositam* « *non habeat, habeat autem velut longæ possessionis prærogativam, ex* « *eo quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.* »

Digitized by Google

continuité. Peu importait que le fait de l'homme fût nécessaire pour procurer la mise en jeu de la servitude, par exemple dans une servitude d'aqueduc qui exigerait pour l'écoulement de l'eau l'ouverture d'une vanne. Une fois l'obstacle levé, le fait persévérant de l'homme devenait inutile, ce qui était assez pour qu'il y eût continuité. Tels furent les éléments de la continuité, précisés par Cœpolla dans son *Tractatus de servitutibus*, adoptées depuis par tous les commentateurs; et c'est avec cette acception que l'idée de continuité a passé dans l'article 688 du Code Napoléon.

99. Dans les pays de coutume, l'esprit de résistance au droit romain fut plus tranché; en négligeant les variantes assez nombreuses qu'offre l'ensemble des textes sur l'exclusion plus ou moins absolue de la prescription, on peut dire avec Lalaure, p. 171, que la maxime *nulle servitude sans titre* était presque universellement adoptée dans la majeure partie des pays coutumiers. Toutefois l'incertitude de la possession, par suite de l'intermittence des faits d'usage, ce défaut particulier reproché aux servitudes qualifiées discontinues, ne pouvait expliquer comment les servitudes de toute espèce étaient soumises uniformément à la même règle. Aussi l'idée qui prévalut fut celle-ci, que les actes exercés à titre de servitude devaient sans distinction être présumés des actes de simple tolérance. Il fallait les attribuer généralement à des raisons de familiarité, de bon voisinage. On y voyait une concession gracieuse, faite en considération de la personne du possesseur actuel, qui ne pouvait dès lors être invoquée par son successeur : « *Ne quod « affectu datum est, hoc et ad exteros transire videatur,* » disait, sur l'article 187 de l'ancienne coutume de Paris, Dumoulin, en reproduisant à peu près les termes de la loi 6, D., *De servit. legat.* Pothier, commentant l'article 221 de la coutume d'Orléans, d'après lequel : « *vues, égouts et* TOUS *autres droits « de servitude ne portent saisine à celui qui les a, s'il n'a titre « valable,* » expliquait le refus de saisine, en faisant observer que la saisine « n'était pas regardée comme une possession « ou quasi-possession du droit de servitude, mais comme un « usage précaire et de simple tolérance, qui ne pouvait par « conséquent faire acquérir par prescription le droit de ser- « vitude. » On retrouve partout le même langage. Ainsi un commentateur de la coutume de Mantes et Meulan, pour justi-

Digitized by Google

fier comment dans ces coutumes les servitudes ne pouvaient s'acquérir par prescription, s'exprimait de la sorte : « *On y* « *présume le précaire, et qu'elles ont commencé par simple cour-* « *toisie de la part du propriétaire.* »

100. Les tempéraments admis pour mitiger la rigueur du rejet de la prescription confirment pleinement cette vérité que la présomption de précarité servait de base à la règle. Cette présomption se trouvait-elle écartée par l'existence d'un titre émanant *à non domino*, la prescription de dix ou vingt ans n'était point repoussée sous l'empire des coutumes qui ne condamnaient que l'acquisition fondée uniquement sur la possession. Pothier, sur la coutume d'Orléans, dans son introduction au titre XIII, *Des servitudes réelles*, art. 2, § 8, écrivait qu'alors : « *ma possession ne peut passer pour une tolérance,* « *puisque j'use du droit de servitude en ce cas*, tanquam juste « existimans me jus servitutis habere. » De même, quand la possession se continuait à la suite d'une contradiction opposée au droit du propriétaire, la prescription devenait possible *a die contradictionis*, dans l'opinion de la plupart des auteurs, la possession désormais ne pouvant, disait-on, être réputée secrète ni précaire; et diverses coutumes contenaient à cet égard des dispositions formelles. Enfin le besoin de la prescription en pareille matière, pour sauver des droits dont l'ancienneté attestait la légitimité, se faisait tellement sentir que, dans les coutumes dont le texte positif n'y résistait pas, les meilleurs esprits (notamment l'oracle du droit coutumier) reconnaissaient qu'il fallait faire grâce en faveur de la possession centenaire ou immémoriale. Pothier, tout en reconnaissant la difficulté de cette solution, inclinait cependant à y souscrire. Voici ses observations sur l'article 221 de la coutume d'Orléans : « Paris « ajoute : *même de cent ans.* Mais dans les coutumes, telles « que la nôtre, qui ne s'expliquent pas, il y a de bonnes raisons « pour soutenir que l'usage centenaire vaut titre et établit la « servitude. Cela est conforme à la doctrine de Dumoulin, qui « enseigne en son conseil 26, n°s 24 et 25, que la possession « centenaire vaut titre, et que les lois qui excluent la pres- « cription *par quelque laps de temps que ce soit*, ne devait pas « s'entendre de la centenaire : *Quia ejusmodi tempus habet* « *vim constituti, nec dicitur præscriptio, sed titulus, et nun-* « *quam censetur exclusa etiam per legem prohibitivam, nec*

Digitized by Google

« *per quæcumque verba quamcumque præscriptionem exclu-*
« *dentia*[1]. »

101. Les choses se trouvaient en cet état au moment où les rédacteurs du Code civil vinrent doter la France du bienfait d'une législation unique; et assurément il était peu de matières sur lesquelles cette réforme se fît plus désirer. Nous savons quel fut le système adopté. La doctrine, qui repoussait d'une façon absolue la prescription comme mode de constituer les servitudes, ne fut pas accueillie, et les principes reçus en pays de droit écrit, où la prescription trentenaire était admise pour certaines servitudes seulement, prévalurent en définitive, sauf le rejet de la possession immémoriale, qui fut déclarée elle-même insuffisante quant aux servitudes à l'égard desquelles la prescription de trente ans était écartée. C'était en effet une exagération évidente que de frapper impitoyablement d'une présomption de précarité tous les actes au moyen desquels pouvait s'exercer une servitude quelconque, de les considérer sans distinction aucune comme s'expliquant par un esprit de tolérance et de bon voisinage. Il était sage de distinguer une possession utile et une possession destituée de valeur. Cette distinction fut attachée à l'existence ou au défaut d'un double caractère dans la servitude, savoir l'apparence et la continuité.

102. Nous avons déjà dit que, sur le premier point, en ce qui

[1] C'était encore le droit romain qui était invoqué pour justifier l'exception faite au profit de la possession immémoriale. On a dit précédemment que, si dans les pays de droit écrit le bénéfice de la prescription trentenaire avait été limité aux servitudes continues, le temps immémorial était du moins considéré comme pouvant faire acquérir une servitude discontinue. On trouve effectivement dans le *corpus juris* certains fragments qui font mention de la possession immémoriale à l'occasion de servitudes; et pour les concilier avec ceux qui se contentent d'une *longa possessio*, les commentateurs avaient imaginé de distinguer entre les servitudes continues ou discontinues. L'illustre Savigny, *Système du droit romain*, t. IV, §§ 196 et suiv., a aplani cette difficulté avec la sûreté de vues qu'il apportait dans l'interprétation des textes de la législation romaine. Il a démontré que la possession immémoriale ne jouait un rôle que dans trois hypothèses : 1° pour l'établissement d'une *via vicinalis* comme chemin public, 2° pour la conservation des ouvrages exécutés en vue d'opérer l'écoulement des eaux pluviales, 3° enfin pour la constitution d'un droit d'aqueduc, quand il s'agissait de la dérivation d'une eau publique.

Digitized by Google

touche l'apparence, la théorie du Code était facile à justifier. Prenons garde que cette condition exclut du domaine de la prescription deux sortes de servitudes. C'est ce qui aura lieu d'abord pour les servitudes consistant *in prohibendo*, suivant le langage des commentateurs, par suite desquelles le propriétaire d'un héritage doit s'abstenir de faire chez lui telle ou telle chose, de bâtir, de planter, etc. Quel que soit le laps de temps durant lequel un propriétaire aura omis de disposer de sa chose de cette façon, on ne doit voir là qu'une pure faculté, incapable d'engendrer aucune possession au profit du voisin. Peu importe que ce dernier ait manifesté la prétention d'empêcher ce mode d'exercice de la propriété, qu'il ait même notifié cette prétention à son adversaire, et que l'abstention de la part de celui-ci se soit prolongée trente ans encore après. Où en serions-nous, s'il fallait relever tous les défis qui nous sont portés, alors qu'ils ne gênent en rien la jouissance de nos droits, s'il fallait, par exemple, se mettre à bâtir uniquement pour prouver qu'on peut le faire, ou bien engager soi-même un procès que n'ose pas entreprendre celui qui se borne à nous menacer, sans avoir le courage d'attaquer?

103. L'interdiction de la prescription en pareilles circonstances n'a rien que de fort raisonnable. Elle devient un peu moins simple à expliquer, quand il est cas de servitudes consistant à agir d'une façon ou d'une autre sur le fonds assujetti (*servitutes in faciendo*). Ici le prétendant à la servitude entreprend sur l'héritage d'autrui; il fait échec à la libre et complète possession du voisin. La jouissance *jure servitutis* se traduit par des actes patents, visibles, qui semblent devoir provoquer une résistance pour empêcher leur répétition, si ces actes ne sont pas autorisés. Celui qui passe sur le fonds d'autrui, qui vient y puiser de l'eau, y faire pacager son bétail, agit peut-être au grand jour, de telle sorte que le droit qu'il s'arroge se sera révélé aux yeux du propriétaire menacé dans la liberté de son héritage. Cela ne suffit pas pour rendre la servitude apparente; elle ne revêt ce caractère qu'autant qu'il y a des ouvrages ayant pour but de faciliter l'exercice de la servitude. A défaut de signes extérieurs et permanents, l'apparence manque, et la prescription reste impossible. La raison décisive en faveur de cette solution, indépendamment du peu de préjudice que causera en général une servitude *in faciendo*,

Digitized by Google

tient à cette considération que la possession ne constitue point alors, comme le disait Paul, L. 14, D., *De servit.*, une *possessio certa*. Les faits de jouissance sont fugitifs, transitoires; ils ont pu échapper à l'attention du voisin. On aura profité de son éloignement pour exercer la servitude, et par la négligence ou par la connivence de ses représentants il aura ignoré ce qui s'est passé. La publicité n'est point suffisante; il y a quasi-clandestinité. En cas de contestation sur la possession, il faudrait recourir à la preuve testimoniale, dont notre législateur se défie avec assez de raison; et quels dangers n'offre pas cette preuve, quand il s'agit d'établir combien de fois ont été pratiqués des actes accomplis de loin en loin, sans laisser aucune trace. En vain celui qui aspire à la servitude aurait-il hautement manifesté sa prétention en signifiant à son adversaire qu'il s'arroge tel ou tel droit. Sans doute il serait prudent alors de veiller avec soin pour s'opposer à toute nouvelle entreprise; mais ici encore la prescription ne deviendra pas possible. On ne saurait exiger du propriétaire du fonds soit-disant asservi qu'il se tienne constamment sur ses gardes, qu'il soit sans cesse aux aguets pour empêcher des actes qui surgissent à l'improviste, et qui ont pu se répéter à son insu. La loi veut que la servitude prenne corps en quelque sorte, c'est-à-dire qu'elle se révèle par des signes extérieurs et fixes, s'accusant à chaque instant aux regards du propriétaire, au fonds duquel la servitude sera imposée; sinon, pas de prescription possible.

104. Supposons maintenant que la servitude s'annonce par des ouvrages apparents, quelles sont désormais les raisons de nature à faire obstacle à la prescription? Le propriétaire du fonds assujetti ne peut pas soutenir qu'il a ignoré les prétentions de son adversaire. La preuve testimoniale se dépouille de ses inconvénients, puisqu'elle porte sur un état de choses, une disposition des lieux qui auront duré ostensiblement pendant trente ans. On ne peut alors expliquer le silence observé par le propriétaire du fonds à asservir qu'en disant que les actes pratiqués sur son héritage étaient trop peu dommageables pour qu'il s'en inquiétât, qu'il les a tolérés par esprit de bon voisinage, en un mot, que la possession exercée ne l'a été que *jure familiaritatis* et non *jure servitutis*. Nous arrivons ainsi à la présomption de précarité, qui dans l'ancien

Digitized by Google

droit coutumier s'appliquait généralement à toutes les servitudes, tandis que le législateur moderne en a restreint la portée, pour ne l'admettre qu'à l'occasion des servitudes discontinues, et la rejeter en ce qui concerne les servitudes continues.

105. Cette solution est-elle bien satisfaisante? On sait quelle est notre opinion à cet égard, opinion qu'il nous reste à justifier. Faisons observer d'abord que la méthode adoptée pour discerner la précarité ou la non-précarité en matière de servitudes, cette méthode mise à l'épreuve depuis soixante ans et plus n'a pas eu l'avantage de tarir les procès, qui jamais n'ont été plus nombreux sur le point de savoir si telle ou telle servitude est susceptible ou non d'être acquise par la prescription. Dans notre conviction, on doit voir là une difficulté d'appréciation de faits, difficulté qu'il est impossible de régler *in abstracto*, qui par sa nature échappe au domaine du législateur, et qui rentre au contraire dans la mission du juge, la réponse à cette question : *une possession est-elle précaire?* ne pouvant être faite avec exactitude qu'au moyen de l'examen des circonstances dans lesquelles s'est produite cette possession. C'est bien ainsi que l'entendaient les Romains. A leurs yeux, la possession à titre de servitude pouvait être utile; mais ils s'en rapportaient à la sagacité du juge pour décider si les actes exercés avaient eu lieu uniquement *jure familiaritatis*, cas auquel la possession était déclarée sans valeur [1]. Cependant le juge romain n'était qu'un simple particulier. N'est-il pas étrange qu'on se défie des lumières des magistrats actuels, qui ne sont investis de la mission de statuer sur les litiges qu'à la suite de longues études, et sur preuve de connaissances spéciales? Il est fort sage d'admettre, comme l'avaient fait les Romains, que les actes de tolérance ne sauraient fonder une prescription. Cette règle est écrite dans la loi; elle doit recevoir son application à toute espèce de possession, soit qu'il s'agisse d'acquérir la propriété, soit qu'il ne s'agisse que d'un démembrement de la propriété. Y a-t-il donc plus de danger dans un cas que dans l'autre à s'en remettre pour l'appréciation de la précarité à l'examen de juges éclairés; et

[1] V. notamment la loi 41, D., *De adq. vel amitt. possess.*

Digitized by Google

doit-on craindre, avec le corps judiciaire que nous possédons, que cet examen ne soit pas toujours fait avec discernement?

106. Si la voie par nous indiquée nous paraît la meilleure pour la solution du problème, nous n'ignorons pas que cette proposition est peu conforme aux habitudes qui sont en honneur chez nous. En suivant les discussions qui préparent la confection de nos lois, en voyant à quels détails descend la sollicitude de leurs auteurs, il est facile de se convaincre que notre système est loin d'être à l'ordre du jour. Notre législateur se charge volontiers de tout prévoir, de tout régler. On a poussé à l'extrême cette maxime de Bacon : *Optima lex quæ minimum judicis arbitrio relinquit.* La maxime est excellente à suivre, pourvu qu'on la contienne dans la limite des questions susceptibles d'être tranchées par l'autorité législative; mais elle ne peut engendrer que des inconvénients, quand elle est appliquée, comme dans notre sujet, à ce qui ne constitue autre chose qu'une appréciation de circonstances, matière essentiellement mobile et ondoyante. Nous l'avons dit, et nous le répétons; les faits prennent ici une influence prépondérante, dont il est nécessaire de tenir compte pour rendre bonne justice. Il faudrait, par conséquent, laisser au juge une liberté, une latitude de pouvoir, en se rappelant cette vérité énoncée par Dumoulin : « *Modica enim circumstantia facti magnam inducit* « *juris diversitatem.* »

107. Interrogeons les conséquences qu'a amenées le système consacré dans la loi, système basé sur la distinction entre les servitudes continues ou discontinues. Nous reconnaîtrons d'abord que cette distinction ne présente pas une assiette certaine; les auteurs disputent et les arrêts se contredisant sur le point où commence la discontinuité, la formule législative n'étant pas heureuse sans doute, ou plutôt ne répondant pas exactement par ses termes à la véritable pensée qu'on a voulu exprimer. Quelle que soit d'ailleurs la démarcation précise entre la continuité et la discontinuité, nous nous convaincrons que le but poursuivi par le législateur n'a pas été atteint. Ce but consistait à exempter du vice de précarité toute possession relative à une servitude dite continue, et à frapper au contraire d'une présomption de précarité les actes de jouissance se référant à une servitude, du moment où celle-ci de-

Digitized by Google

vrait être qualifiée discontinue. Sous le premier point de vue, en ce qui touche les servitudes continues, la distinction s'est trouvée inutile. On prétendait dispenser le juge d'apprécier la valeur de la possession, réputée à l'avance efficace et non précaire toutes les fois que la servitude serait continue. La vérité des choses l'a emporté sur la présomption implicitement écrite dans la loi, et l'examen des décisions judiciaires témoigne que plus d'une fois on a dû, à l'occasion d'une servitude méritant le titre de continue, déclarer la possession incertaine et précaire. — Sous le deuxième point de vue, quant aux servitudes discontinues, la distinction était fâcheuse, menaçante pour des droits dont la légitimité n'était pas suspecte. Malgré le vice de précarité généralement attaché à la possession s'appliquant à une servitude discontinue, il a fallu, en présence de faits qui résistaient à la présomption légale, tourner en quelque sorte le texte du Code, trouver un biais, et admettre l'efficacité de la possession, en déguisant sous un autre nom le droit prétendu. Nous n'aurons à emprunter nos arguments qu'aux décisions dont sont remplis les recueils d'arrêts en matière de servitudes. C'est en consultant les leçons de l'expérience que nous jugerons la valeur de la théorie moderne.

E. MACHELARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

CUMUL D'UNE PENSION DE RETRAITE AVEC UN TRAITEMENT D'ACTIVITÉ.

Par M. Batbie, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Le certificat de vie délivré aux pensionnaires de l'État, en exécution du décret du 21 août 1806, de l'ordonnance du 6 juin 1839 et du décret du 9 novembre 1853, porte cette mention imprimée : « ..... lequel (le comparant) m'a déclaré « qu'il ne jouit d'aucun traitement, sous quelque dénomination « que ce soit, ni d'aucune autre pension ou solde de retraite, « soit à la charge de l'État, soit sur les fonds de la caisse des « invalides de la marine, soit sur les *fonds départementaux et « des communes.* »

Il semblerait résulter de ces énonciations que le cumul d'une pension de retraite et d'un traitement d'activité est absolument interdit. Les lois et les règlements défendent-ils, en effet, toute espèce de cumul, et, spécialement, ne permettent-ils pas de réunir une pension payée sur les fonds départementaux ou communaux à un traitement payé sur les fonds de l'État, et *vice versâ?* Cette question trouvera sa solution dans le résumé suivant :

La loi du 25 mars 1817 (art. 27) portait : « Nul ne pourra « cumuler deux pensions, ni une pension avec un traitement « d'activité, de retraite ou de réforme. Le pensionnaire aura « le choix de la pension ou du traitement le plus élevé. Néan- « moins, les pensions de retraite pour services militaires « pourront être cumulés avec un traitement civil d'activité. »

La loi du 15 mai 1818 modifia ces dispositions; son article 13 porte : « Pourront se cumuler les pensions et traite- « ments de toute nature qui, réunis, n'excéderaient pas 700 fr., « et seulement jusqu'à concurrence de cette somme. Sont « spécialement exceptés, etc. »

Et l'article 14 dispose que : « Tout pensionnaire sera tenu « de déclarer dans son certificat de vie qu'il ne jouit d'aucun « traitement, sous quelque dénomination que ce soit, ni d'au- « cun autre traitement ou solde de retraite, soit à la charge de « l'État, soit sur les fonds de la caisse des invalides de la « guerre ou de celle de la marine, sauf les cas d'excep-

Digitized by Google

« tion, etc... » Enfin, l'article 15 porte : « Ceux qui, par de « fausses déclarations ou de quelque manière que ce soit, « auraient usurpé plusieurs pensions ou un traitement avec « une pension, seront rayés de la liste des pensionnaires. Ils « seront, en outre, poursuivis en restitution des sommes « indûment perçues. »

La jurisprudence avait expliqué que ces dispositions concernant les pensions payées sur les fonds de l'État, ne s'appliquaient pas aux pensions sur les fonds de retenue, à moins que les règlements spéciaux ne continssent la même prohibition, *ni aux pensions et traitements payés par les départements et les communes.*

Cette exception cessa avec le décret du 13 mars 1848, portant : « Nul ne pourra désormais jouir d'un traitement d'activité « et d'une pension de retraite servis, l'un et l'autre, soit sur « les fonds de l'État ou *des communes,* soit sur les fonds de « retenue. Le cumul continuera à avoir lieu dans tous les cas « jusqu'à concurrence de 700 francs. »

Cette disposition s'appliquant aux pensionnaires militaires comme aux pensionnaires civils, une loi du 12 août 1848 fit revivre en faveur des premiers l'exception dont ils avaient joui précédemment, à la charge d'une retenue progressive de 5 à 10 p. 100 sur leur traitement civil.

Le décret du 13 mars 1848 et la loi du 12 août même année ayant été abrogés par l'article 27 de la loi des finances du 8 juillet 1852, les pensionnaires se sont trouvés replacés sous l'empire de l'ancienne jurisprudence qui permettait le cumul d'une pension de retraite payée sur les fonds du Trésor ou des caisses de retenues avec un traitement d'activité payé sur les fonds communaux ou départementaux, et réciproquement.

L'article 28 de la loi du 9 juin 1853 porte : « Lorsqu'un « fonctionnaire est remis en activité dans le même service, le « payement de sa pension est suspendu. Lorsqu'il est remis « en activité dans un service différent, il ne peut cumuler sa « pension et son traitement que jusqu'à concurrence de « 1,500 francs. »

Mais ces dispositions ne s'appliquent évidemment qu'aux traitements et pensions payés sur les fonds de l'État, car la loi du 9 juin 1853 ne s'est point occupée des pensions de

Digitized by Google

retraite et des traitements payés sur les fonds départementaux ou communaux, en vertu de règlements particuliers. Aussi c'est avec raison que le décret du 31 mai 1862, portant règlement sur la comptabilité publique, dispose dans un sens limitatif qui confirme notre opinion, en disant, art. 276 : « Tout « pensionnaire est tenu de déclarer dans son certificat de vie « s'il jouit ou non d'un traitement ou d'une pension de retraite, « soit à la charge de l'État, soit sur les fonds des invalides « de la marine. » On voit qu'il n'est pas là question des traitements et pensions payés sur les fonds départementaux et communaux.

Il faut donc tenir pour certain qu'on peut cumuler une pension de retraite payée sur les fonds de l'État avec un traitement payé sur les fonds départementaux ou communaux, et réciproquement; et, dès lors, c'est à tort qu'on exige des pensionnaires la déclaration qu'ils ne jouissent, avec leur pension de retraite, d'aucun traitement d'activité quelconque, ni d'aucune autre pension payée, soit sur les fonds de l'État, soit sur les fonds départementaux ou communaux. Ces énonciations du certificat de vie, dont le modèle a été donné par l'administration des finances, devraient donc être modifiées pour être mises en harmonie avec les prescriptions de la loi.

Si l'on objectait qu'il n'y a là qu'une simple indication qui n'oblige à rien et qui peut être modifiée selon les cas, nous répondrions que les termes du certificat de vie ont, dans l'esprit des pensionnaires, une portée beaucoup plus grande, qu'ils voient, dans la déclaration qu'on leur demande, une véritable interdiction de cumul, et que les instructions de l'administration semblent, en effet, leur donner cette signification. Ainsi dans le modèle n° 130, annexé à l'instruction générale sur la comptabilité du 29 juin 1859, on lit au bas du certificat de vie, sous la rubrique : « *Déclarations à faire par* « *le pensionnaire*, ces mots : *Préfectures, sous-préfectures, mai-* « *ries*, etc. : DÉCLARATION DE NON-JOUISSANCE D'AUCUN TRAITEMENT « D'ACTIVITÉ DANS UNE ADMINISTRATION PUBLIQUE QUELCONQUE. »

Pourquoi exige-t-on cette déclaration si elle n'est pas nécessaire? Évidemment cette exigence porte à croire que le cumul n'est pas permis, tandis qu'en réalité la loi ne le défend pas, du moins d'une manière aussi absolue; et cette indication est, du reste, interprétée dans le sens le plus rigoureux par

Digitized by Google

les agents de l'administration, car nous savons que des pensionnaires ont, pour cause de cumul, été inquiétés lorsque cependant en touchant un traitement et une pension payés sur des fonds d'origine différente, ils ne faisaient rien de contraire à la loi.

Il nous reste à dire un mot sur la question spéciale relative aux employés de préfecture. Un ancien employé de préfecture, jouissant en cette qualité d'une pension de retraite, peut-il toucher en même temps un traitement d'activité payé sur les fonds de l'État? Il ne le pourrait pas si l'on considérait la pension de retraite comme également payée sur les fonds de l'État : l'article 27 de la loi du 9 juin 1853 s'y opposerait, à moins que la pension et le traitement réunis n'excédassent pas 1,500 francs. Mais les fonds qui alimentent les caisses de retraite des préfectures sont-ils des fonds de l'État? Nous ne le pensons pas : les traitements des employés de préfecture sont bien payés sur les fonds généraux de l'État; on l'a plusieurs fois reconnu, et notamment dans un avis de la section d'administration du Conseil d'État du 7 juin 1849; mais l'État n'a pas fourni les fonds de leurs caisses de retraite : ces caisses ont été créées et s'alimentent au moyen de subventions allouées par les conseils généraux sur les fonds départementaux et d'une retenue mensuelle opérée sur les traitements des employés. Aucune loi n'a prescrit cette retenue; elle est exercée en vertu de règlements locaux délibérés par les conseils généraux et sanctionnés par le Chef de l'État, sans que l'État accorde à ces caisses de retraite aucune subvention. Toutes les caisses de retraite subventionnées par l'État ont été supprimées par la loi du 9 juin 1853; celles des employés de préfecture ont été maintenues parce qu'elles se trouvaient en dehors des conditions de cette loi : ce sont comme des tontines créées dans un but spécial; la loi et le Trésor y sont demeurés étrangers. Il semble donc qu'on ne peut considérer les pensions payées par les caisses de retraite de préfecture comme si elles étaient payées sur les fonds de l'État; et, s'il en est ainsi, la question de légalité du cumul posée ci-dessus doit être résolue affirmativement. Tel, cependant, ne paraît pas être l'avis de l'administration, ainsi que le montrent les faits et les actes mentionnés plus haut. Où est la vérité? Où est l'erreur? Si l'administration se trompait, si elle avait

Digitized by Google

continué d'appliquer le décret du 13 mars et la loi du 12 août 1848, en perdant de vue l'abrogation prononcée par la loi du 8 juillet 1852, n'y aurait-il pas lieu de réclamer et de demander que l'administration, rentrant dans la légalité, fît modifier immédiatement les énonciations trop absolues du certificat de vie exigé pour le payement des pensions de retraite?

Aujourd'hui l'on voit des pensionnaires cumuler leur pension de retraite avec un traitement d'activité, tandis que d'autres pensionnaires s'abstiennent par scrupule, ne voulant faire ni signer une fausse déclaration, ou subissant d'autres empêchements. Il serait temps d'appliquer une règle uniforme à tous ceux qui se trouvent dans les mêmes conditions et d'assurer partout la régulière exécution de la loi.

Nous devons dire ici qu'en ce qui concerne les employés de préfecture des distinctions ont été faites par une circulaire du ministère de l'intérieur du 6 août 1860, laquelle admet le cumul pour l'employé qui a été mis à la retraite après trente années de services, et le repousse lorsque la mise à la retraite a eu lieu pour cause d'infirmités avant que les trente années de services fussent accomplies.

On peut différer d'avis sur la légitimité de cette distinction, dont on ne trouve pas d'exemple, croyons-nous, dans la jurisprudence relative aux pensionnaires de l'État. Mais, pour nous, la question n'est pas là : elle est dans la contradiction qui existe entre la loi en vigueur et les instructions données par le ministère des finances. Selon nous, la loi permet le cumul, sauf les restrictions que nous avons rappelées. D'après les instructions et le modèle de certificat de vie, le cumul serait interdit. Nous croyons que des modifications sont nécessaires pour rentrer dans l'application de la loi et faire cesser des divergences d'opinion qui peuvent avoir pour effet de nuire aux intérêts des pensionnaires les plus consciencieux.

A. BATBIE.

Digitized by Google

DU SENS ET DE LA PORTÉE DE L'ARTICLE 261 DU CODE NAPOLÉON,

Par M. Adolphe LAIR, substitut du procureur impérial à Laval.

Je me propose de rechercher avec quelque soin quel est le véritable sens de l'article 261 du Code Napoléon. Cet article est-il applicable à la séparation de corps? Et, s'il lui est applicable, en quoi déroge-t-il aux règles ordinaires, en quoi consiste la procédure spéciale qu'il a entendu organiser? Vieilles questions et pourtant encore indécises, soulevées au lendemain même de la rédaction du Code, et qui divisent encore aujourd'hui les auteurs et les arrêts.

I.

Et d'abord, l'article 261 est-il applicable à la séparation de corps?

Cet article, placé au titre du Divorce, est ainsi conçu : « Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des « époux est condamné à une peine infamante, *les seules formalités à observer* consisteront à présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme du jugement « de condamnation, avec un certificat de la Cour d'assises, portant que ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé « par aucune voie légale. »

On le voit, au cas où la demande en divorce était fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, l'article 261 établissait un mode spécial et expéditif de procédure. Sans rechercher, quant à présent, en quoi consistait au juste cette procédure et quelle était la portée exacte de cette disposition exceptionnelle, il est évident qu'elle avait pour but de supprimer des formalités devenues oiseuses en présence d'un fait judiciairement établi. Eh bien! cette procédure spéciale est-elle applicable à la séparation de corps, et après la condamnation de l'un des époux à une peine infamante ou à une peine afflictive et infamante (car il est évident que la loi se réfère *à fortiori* à ce dernier cas), suffira-t-il à l'autre époux,

Digitized by Google

pour obtenir sa séparation, de produire au tribunal un extrait de l'arrêt de condamnation ?

Oui, répond une doctrine soutenue par de nombreux auteurs et consacrée par une jurisprudence presque unanime. Nul doute que le fait même de la condamnation de l'un des époux soit à une peine afflictive et infamante, soit à une peine infamante seulement, donne ouverture à l'action en séparation de corps, puisque, aux termes de l'article 306, « il est libre « aux époux de former la demande en séparation de corps dans « les cas où il y avait lieu à la demande en divorce pour cause « déterminée. » Eh bien ! dit-on, tout le monde sait que le laconisme de la loi sur la séparation de corps a forcé, pour suppléer à son insuffisance, d'emprunter au titre du Divorce plusieurs de ses dispositions ; et, dès lors, pourquoi ne pas lui emprunter celle qui n'a pour but que de créer dans un cas déterminé une procédure expéditive et avantageuse ? Pourquoi une procédure reconnue suffisante par la loi quand il s'agit du divorce, de la rupture même du lien conjugal, ne le serait-elle plus quand il ne s'agit que de relâcher ce lien et de séparer les époux ? Ce n'est pas seulement par identité de raison, c'est *à fortiori* qu'elle devient alors applicable. Dès que la loi, en effet, voit dans la condamnation de l'un des époux à une peine déterminée une cause de divorce et de séparation, que par le fait même de cette condamnation l'autre époux a acquis le droit de les faire prononcer, qu'est-il besoin de tentative de conciliation, d'enquête et de contre-enquête ? L'époux défendeur le plus souvent détenu sera dans l'impossibilité de se présenter. Qu'importe d'ailleurs son repentir ? Il ne saurait effacer l'infamie dont il s'est couvert, détruire le droit acquis à son conjoint par le fait même de la condamnation, et qu'est-il besoin d'autre chose que de prouver cette condamnation même en rapportant l'extrait de l'arrêt qui la prononce [1] ?

[1] V. en ce sens : Duranton, t. II, p. 567. — Delvincourt, I, p. 81. — Massol, *Sép. de corps*, p. 106, n° 12. — Carré, *Procédure*, n° 2968. — Pigeau, *id.*, t. II, p. 521. — Thomine-Desmazures, II, p. 484. — Sulpicy, *Codes annotés, sur l'article* 261. — Valette sur Proudhon, I, p. 856, note *a* (?) — Bioche, *Dict.*, v° *Sép. de corps*, n° 34. — Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Sép. de corps*, n° 98. — Paris, 6 août 1840 (Dalloz, 41, 2, 48). — Colmar, 15 juillet 1846 (D., 47, 2, 38). — Paris, 19 août 1847 (D., 47, 4, 436). — Paris, 3 février 1852 (D., 52, 2, 204).

Digitized by Google

Quelque spécieux que soient ces arguments, ils n'ont point cependant rencontré une adhésion unanime. De ce que la loi a fait de la condamnation à une peine infamante une cause de séparation de corps comme elle en fait une cause de divorce, s'ensuit-il en effet nécessairement que dans les deux cas la procédure doive être la même et que le mode d'instruction tout spécial établi par l'article 261 pour le divorce s'applique à la séparation ? On pourrait en douter déjà si la loi avait gardé le silence à cet égard ; que sera-ce si la loi s'est formellement prononcée et si elle a positivement soumis la procédure en séparation de corps aux règles ordinaires ? Or telle est la décision expresse de l'article 307 du Code Napoléon qui décide que « *la demande en séparation de corps sera intentée, instruite* « *et jugée de la même manière que toute autre action civile,* » Et le Code de procédure déclare à son tour, au titre où il organise la procédure en séparation que « *la cause sera instruite* « *dans les formes établies pour les autres demandes.* » (Art. 879.) Or ces textes ne distinguent pas entre les différentes causes qui donnent ouverture à l'action ; ils décident d'une manière générale que la demande en séparation sera dans tous les cas intentée, instruite et jugée comme toute autre action civile ; ils posent un principe absolu qui se refuse à l'application à la séparation de corps d'un mode de procédure spécial à un cas particulier du divorce. En supposant que la loi eût entendu maintenir pour la séparation de corps l'exception faite par l'article 261 pour le divorce, on comprendrait encore que le Code Napoléon n'en eût pas parlé dans le laconisme de ses dispositions sur la séparation ; mais comment comprendre que le Code de procédure, au titre même où il organise la procédure en séparation comme le Code Napoléon avait organisé lui-même la procédure en divorce, n'eût pas rappelé une disposition aussi remarquable et se fût borné à reproduire un principe général qui l'exclut ? « Il s'agit, dit-on, d'une forme de « procéder, écrit M. Demolombe, et précisément voilà bien ce « qui m'embarrasse ; car d'après les articles 307 du Code « Napoléon et 879 du Code de procédure, la demande en « séparation doit être intentée, instruite et jugée de la même « manière que toute autre action civile ; or rien n'est plus « exorbitant que le mode de procéder introduit pour le cas de « divorce par l'article 261. Sans doute, l'instance en séparation

Digitized by Google

« peut emprunter à l'instance en divorce certaines de ses ex-
« ceptions au droit commun, comme celle, par exemple, de
« l'article 251 ; mais c'est qu'alors les deux instances suivaient
« les mêmes voies, les mêmes errements. Au contraire, il
« s'agit ici, je le répète, d'une dérogation profonde à ces rè-
« gles ordinaires que les termes absolus des articles 307 et 879
« nous commandent d'observer. L'identité des motifs ne me
« paraîtrait donc pas suffisante pour briser dans ce cas l'argu-
« ment tiré du texte même. Eh! mon Dieu, nous l'avons re-
« connu tout d'abord, les dispositions de cette matière sont
« incomplètes et incohérentes; *mais ce n'est pas un motif pour*
« *violer un texte formel et qui résout notre question même*[1]. »
Telle est aussi l'opinion de Toullier, de Zachariæ, de Marcadé et de M. Valette qui, dans son explication du livre Ier du Code Napoléon, paraît avoir modifié l'opinion précédemment émise, par lui sur ce point dans ses notes sur Proudhon[2].

J'avoue que je me rallie complétement à ce second système, le seul qui me paraisse avoir un point d'appui solide dans le texte de la loi. Ce n'est pas, en effet, le réfuter que de répondre, comme le font les partisans de l'opinion contraire, que l'article 261 déroge à l'article 307; il serait plus logique de prétendre que c'est l'article 307 qui déroge à l'article 261; car enfin, *posteriora derogant prioribus;* mais oserait-on aller jusqu'à dire que l'article 261 déroge aussi à l'article 879 du Code de procédure, un texte promulgué le 31 mai 1803 à un texte promulgué le 2 mai 1806! Je crois donc que même lorsqu'elle est formée à raison de la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, la demande en séparation de corps doit suivre les errements ordinaires, qu'elle doit être introduite par voie d'assignation, et qu'elle est soumise à l'essai de conciliation devant le président; mais, selon moi, alors même qu'on regarde l'article 261 comme applicable à la séparation de corps, il en doit encore être ainsi; je

[1] Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 435.

[2] V. dans le même sens : Toullier, t. II, p. 98, n° 771. — Favard de Langlade, t. II, p. 113. — Chauveau sur Carré, n° 2968. — Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 166. — Massé et Vergé, t. I, p. 278. — Marcadé sur l'article 307. — Bioche et Goujet, *Procédure*, v° *Sép. de corps*, n° 34.

Digitized by Google

soutiens que c'est par la plus fausse interprétation de cet article qu'on est arrivé à une solution contraire.

II.

Plaçons-nous donc dans l'opinion que nous venons de combattre, et supposons que l'article 261 soit en effet applicable à la séparation de corps. Quelles en seront les conséquences?

La pratique actuelle en a déduit deux : déclarant l'article 261 applicable à la séparation de corps, elle en a conclu : 1° que la demande en séparation de corps formée à raison de la condamnation de l'un des époux à une peine infamante est dispensée de l'essai de conciliation devant le président prescrit à peine de nullité par les articles 875 à 878 du Code de procédure; 2° qu'il n'est pas besoin de l'introduire par voie d'assignation et qu'elle peut être introduite par voie de simple requête.

Si l'on adopte le système radical que nous venons de soutenir, ces deux propositions tombent d'elles-mêmes; mais, même dans le système contraire, ni l'une ni l'autre ne nous semblent exactes.

Je soutiens d'abord que pas plus en matière de divorce qu'en matière de séparation, la demande n'a pu être introduite par voie de requête, sans que l'époux défendeur fût assigné, et que tel n'a jamais été le sens de l'article 261 [1].

Et en effet, la voie de la requête est une procédure exceptionnelle qui ne s'applique qu'à ce qu'on est convenu d'appeler la juridiction *gracieuse*, c'est-à-dire à ces cas « où le juge n'a « pas à statuer sur une *contestation* engagée entre deux parties « contraires, mais sur des affaires dans lesquelles les deman- « deurs sont sans adversaires connus ou présumés [2]. » — « Le juge, dit Henrion de Pansey, exerce la juridiction con- « tentieuse toutes les fois qu'il prononce sur des intérêts op- « posés, après des débats contradictoires entre deux parties « dont l'une a cité l'autre à son tribunal. — Tout ce qui se fait

[1] V. sur ce point l'excellente dissertation de M. Bertin, *Chambre du conseil*, t. II, nos 968-978, et journal *le Droit*, du 9 août 1852.

[2] M. Debelleyme, *Introduction à la chambre du conseil de M. Bertin*, page 8.

Digitized by Google

« sur la demande d'une seule personne ou sur celle de plusieurs « d'accord entre elles et sans contradiction, appartient à la ju- « ridiction *volontaire*..... Deux caractères principaux dis- « tinguent ces deux espèces de juridiction : la contentieuse « s'exerce *inter nolentes* et la volontaire *inter volentes*..... La « différence entre elles, c'est que celui qui a recours à la juri- « diction volontaire ne demande au juge que l'interposition de « son autorité, et que, ceux que des prétentions contraires « forcent de s'adresser aux tribunaux, leur demandent d'abord « une sentence [1]. » Et, par cela même que ces deux juridictions diffèrent de nature, la manière de les saisir aussi sera différente : toutes les fois qu'il s'agira d'une demande rentrant dans la juridiction gracieuse ou volontaire, on l'introduira par voie de requête ; toutes les fois, au contraire, qu'il s'agira d'une demande proprement *contentieuse*, elle sera introduite par voie d'assignation ; au premier cas, n'y ayant pas de défendeur, une assignation serait inutile et même impossible ; au second, il y a une partie défenderesse intéressée à être mise en demeure de se défendre, l'assignation est nécessaire.

Voilà des principes certains et qui reposent sur la nature même des choses. Eh bien ! la demande en divorce, la demande en séparation de corps sont-elles, oui ou non, des demandes contentieuses ? Qu'on réponde ! toute la question est là. Restituons-lui donc son véritable caractère qui est d'être une question de principe, et non, comme on le prétend, une question de texte ! Y a-t-il, oui ou non, dans une demande en séparation ou en divorce, un contradicteur intéressé à la connaître pour y pouvoir défendre ? oui sans doute. Oh bien ! par cette seule réponse, le système adverse est condamné. S'il est un principe sacré, c'est la liberté de la défense ; elle est de tous les temps, de tous les pays, de toutes les causes ; c'est là un de ces droits qu'aucune loi positive ne peut méconnaître, qu'elle ne peut, comme on l'a dit, violer dans un sans les violer dans tous. Une telle loi, si elle existait, pourrait avoir droit à l'obéissance, non au respect. C'est assez dire qu'on ne doit pas supposer aisément qu'elle existe, et qu'on ne saurait l'admettre qu'en face d'un texte clair comme l'évidence et ne laissant place à aucune interprétation. Voyons donc si, par impos-

[1] Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, ch. 14.

Digitized by Google

sible, une telle solution serait commandée par les textes.

Que dit l'article 261? Qu'au cas de condamnation de l'un des époux à une peine infamante, « *les seules formalités à observer* consisteront à présenter au tribunal un extrait du jugement de condamnation. » *Les seules formalités à observer!* Je n'irai pas jusqu'à dire avec M. Bertin[1] qu'une *assignation* n'est pas une *formalité;* mais je crois comme lui qu'il suffit, pour comprendre le véritable sens de l'article 261, de se pénétrer de l'économie des dispositions du titre du Divorce et de la place qu'il y occupe. D'après la procédure organisée par le Code, la demande en divorce devait d'abord être présentée sous forme de requête détaillant les faits par le demandeur en personne au président du tribunal. Le magistrat, « après avoir « fait au demandeur les observations qu'il jugeait convenables « (art. 237), » dressait procès-verbal de cette remise et ordonnait la comparution des parties en personne devant lui. — Au jour de la comparution, « il faisait aux époux, *ou au demandeur s'il était seul comparant,* les observations qu'il « croyait propres à opérer un rapprochement (239). » S'il ne réussissait pas, il en dressait procès-verbal, ordonnait la communication au ministère public et le référé du tout au tribunal. — Dans les trois jours, le tribunal, sur le rapport du président et les conclusions du ministère public *accordait ou suspendait la permission de citer.* Alors seulement, « le demandeur, en vertu de la permission du tribunal, faisait citer le « défendeur, dans la forme ordinaire, à comparaître en personne à l'audience, à huis clos, dans le délai de la loi; il « faisait donner copie, en tête de la citation, de la demande « en divorce et des pièces produites à l'appui (241). » C'était là une première procédure que l'on pourrait appeler procédure en autorisation d'assigner. — Venait ensuite une nouvelle procédure à huis clos d'abord, puis en audience publique, où les parties proposaient leurs dires et observations, leurs fins de non-recevoir, et où le tribunal déclarait la demande non recevable, ou, au contraire, la déclarait admissible. C'était la procédure en admission de la demande. — Venait enfin une troisième procédure, la procédure au fond : Si la demande lui paraissait justifiée, le tribunal pouvait y faire droit immédiatement après

[1] *Chambre du conseil,* t. II, n° 973.

Digitized by Google

l'avoir admise; sinon, il admettait le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués et le défendeur à la preuve contraire, et ne procédait qu'après l'enquête et la contre-enquête au jugement définitif. Telle était la procédure en divorce dans les cas ordinaires; après l'avoir organisée la loi y faisait une double exception : 1° Au cas où la demande en divorce était formée pour cause d'excès, sévices et injures graves, elle autorisait le tribunal à séparer provisoirement les époux, et à suspendre pendant une année le jugement définitif dans l'espoir d'une réconciliation (259-260). — 2° Au cas où le divorce était demandé pour cause de condamnation de l'un des époux à une peine infamante, elle décidait que les seules formalités à observer consisteraient à présenter au tribunal un extrait de l'arrêt de condamnation.—Eh bien! il me semble qu'il suffit de replacer ainsi l'article 261 à la place qu'il occupe dans la loi pour en comprendre aussitôt la vraie portée. Non, ce n'est point la procédure en assignation qu'il suprime, et pas plus que les articles 259 et 260, il n'est relatif au mode d'introduction de la demande, mais seulement à la preuve de cette demande; car l'article 241 pose en principe général que le demandeur en vertu de la permission du tribunal « fera citer le défendeur dans la forme ordinaire; » car les principes exigent impérieusement qu'il en soit ainsi; car bien loin que les textes s'opposent à cette interprétation, ils la commandent. Que dit en effet l'article 263? Que le jugement prononçant le divorce doit être *signifié, qu'il ait été rendu contradictoirement ou par défaut!* Comment donc! voilà un jugement qui peut être contradictoire ou par défaut! voilà un jugement qu'on signifie! Et il s'agirait d'une procédure gracieuse! et, il n'y aurait pas de contradicteur en cause! et il s'agirait d'une demande introduite par requête et non par assignation! On signifierait le jugement à l'époux condamné pour faire courir contre lui le délai d'appel, ce qui prouve qu'il aura le droit d'appeler, et il n'aura pas été assigné et mis en demeure de défendre au jugement lui-même! De pareilles inconséquences ne suffisent-elles pas à juger un système? Non, l'article 261 n'a pas voulu dire que le défendeur ne serait pas assigné! Il n'est pas relatif à l'introduction, mais à la preuve de la demande; il suppose qu'elle est formée et qu'il s'agit de la justifier; ce qu'il supprime, ce n'est pas la procédure en autorisation d'assigner,

Digitized by Google

c'est cette double procédure sur la forme et sur le fond, cette double comparution à huis clos d'abord, puis en audience publique devant le tribunal, ces enquête et contre-enquête évidemment inutiles en présence de faits judiciairement constatés.

Je vais plus loin, on le voit, que les auteurs qui ont soutenu ce système, puisque, dans mon opinion, l'article 261 du Code Napoléon laissait subsister, même au cas de condamnation de l'un des époux à une peine infamante, la procédure en autorisation d'assigner et par conséquent l'essai de conciliation devant le président. Mais il faut être logique ; si l'article 261 suppose que la demande est formée et ne règle qu'un mode de preuve, il suppose que cette demande a été formée dans la voie ordinaire, et en matière de divorce, cette voie est tracée par les articles 234 à 241 du Code Napoléon. Je crois donc que la seconde conséquence déduite par les auteurs qui appliquent l'article 261 à la séparation de corps n'est pas plus exacte que la première et que cet article ne saurait dispenser la demande en séparation du préliminaire de conciliation, puisqu'il n'en dispensait pas la demande en divorce elle-même.

On insiste et l'on s'écrie : Où est l'intérêt de tout cela? Vous allez assigner l'époux défendeur, l'appeler en conciliation devant le juge! A quoi bon? L'essai de conciliation, il n'y pourra pas comparaître! L'assignation, que lui importe de la recevoir ou non, puisque, par le seul fait de la condamnation, son conjoint a acquis le droit de faire prononcer la séparation et qu'il n'a aucun moyen de repousser une telle demande!

Sans doute, il en sera ainsi dans la plupart des cas; mais ces deux propositions n'en sont pas moins inexactes dans leur généralité absolue. Je conviens volontiers que le plus souvent, l'époux condamné n'aura rien à répondre à l'action contre lui intentée et ne pourra échapper aux conséquences de la condamnation qui l'aura frappé. Mais il suffirait d'un seul cas où il le pût faire, où par conséquent, il eût intérêt à être mis en demeure de se défendre, pour ruiner d'un seul coup le système adverse. Or il n'est pas difficile de trouver des cas nombreux où cet intérêt pourra se produire.

I. Supposons que l'un et l'autre époux aient été condamnés à une peine infamante : dans ce cas il est certain,

Digitized by Google

d'après le texte de l'article 232 et de l'avis unanime des auteurs, que le principe même de l'action disparaît. Si donc, en pareil cas, l'un des époux formait une demande en séparation contre l'autre, cette demande devrait être déclarée non recevable. Mais, pour cela, il faut que les juges soient avertis de la condamnation encourue par l'époux demandeur, soit parce que la condamnation aura été prononcée à une époque reculée, et qu'on en aura perdu le souvenir, soit parce qu'elle aura été prononcée dans un pays fort éloigné de celui où la demande en séparation est formée et n'y aura jamais été connue [1]. Eh bien! voilà déjà un premier cas où l'époux défendeur pourra renverser par sa base même l'action intentée contre lui, où, par conséquent, il aura intérêt à être mis en demeure d'y défendre, où cela est même d'autant plus nécessaire, que lui seul peut-être peut révéler au tribunal la cause qui rend l'action irrecevable [2].

II. Veut-on un cas plus simple, plus naturel, qui pourra se présenter chaque jour? Il suffit de supposer que l'époux défendeur a lui-même le droit de former contre son conjoint une demande en séparation de corps reconventionnelle. Par exemple, une femme demande la séparation de corps contre son mari pour cause de condamnation, et le mari aura le droit de la demander contre sa femme pour cause d'adultère. L'hypothèse n'a rien, certes, de chimérique, et je l'ai vue se présenter récemment; or, dans ce cas, l'intérêt du mari est évident; si la séparation est prononcée contre lui sans l'être en même temps contre la femme, il perdra de plein droit les donations que sa femme avait pu lui faire, et verra subsister au contraire celles qu'il avait pu faire à sa femme. Dès que chacun de son côté prouve l'existence d'une cause légale, n'est-il pas juste, comme le dit M. Demolombe, que la séparation ne profite pas plus à l'un qu'à l'autre? N'est-il donc pas indispensable que l'époux défendeur ait été mis en demeure d'agir par une assignation?

[1] Il pourrait même se faire qu'elle eût été prononcée à l'étranger, au moins dans l'opinion, il est vrai, fort contestée d'après laquelle les condamnations prononcées à l'étranger peuvent donner ouverture à la séparation de corps.

[2] Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 404.

Digitized by Google

III. En veut-on un troisième? — D'une part, aucune prescription n'atteint l'action en séparation de corps, et, de l'autre, l'action en séparation de corps s'éteint comme l'action en divorce par la réconciliation des époux. Eh bien! supposons que l'époux condamné rentre au domicile conjugal après avoir subi ou prescrit sa peine, ou même, car cela s'est vu, qu'échappant aux recherches de la justice, il y soit constamment demeuré caché à tous les yeux jusqu'à la prescription ; l'autre époux l'a recueilli, soigné, caché ; il s'est dévoué à lui, loin de le repousser. Eh bien! supposons qu'après cela, chose invraisemblable sans doute, mais non impossible, cet époux dont toute la conduite envers son conjoint a été une renonciation à l'action que la condamnation avait fait naître à son profit, vienne par je ne sais quel caprice et sans aucun fait nouveau. fonder sur cette condamnation même une demande en séparation : devrait-elle être accueillie? Non, sans doute [1]; et pourtant, si l'on agissait par voie de requête, et sans assignation, ne pourrait-il pas arriver que la séparation fût subrepticement prononcée?

IV. Passons, si l'on veut, à un autre ordre d'idées et d'hypothèses. Supposons un individu condamné, par exemple, à la peine de la déportation pour délit politique ; notre siècle, troublé par les révolutions, n'en a vu que trop d'exemples. L'article 7 du Code pénal range la déportation au nombre des peines afflictives et infamantes ; et, par conséquent, le conjoint du condamné pourra demander contre lui la séparation de corps. Mais, dans l'intervalle de la condamnation à la demande, une amnistie intervient ; l'hypothèse n'a rien d'invraisemblable non plus, et nous avons vu en 1836, et depuis, plusieurs amnisties générales et partielles en matière de délits politiques. Or, on le sait, l'effet de l'amnistie, c'est d'abolir entièrement la condamnation avec toutes les conséquences légales qui y étaient attachées : « Elle emporte, dit la Cour de « cassation, abolition des crimes et délits qui en sont l'objet, « et ne laisse rien subsister des condamnations prononcées [2]. » A ce point qu'on décidait autrefois que l'amnistie accordée à

[1] Demolombe, *loco citato*.
[2] Cassation, 7 mars 1844 (J. du Palais, 45, 1, 427).

Digitized by Google

des condamnés morts civilement, revalidait de plein droit leur mariage dissous par la mort civile, quand l'autre conjoint n'avait pas contracté une nouvelle union.—Après une amnistie, l'action en séparation de corps fondée sur la condamnation ne sera plus recevable, et dès lors, comment contester que dans ce cas encore l'époux condamné ait intérêt à être averti de cette action et mis en demeure d'y défendre?

V. Il en serait évidemment de même si, aux termes des art. 443 et suivants du Code d'instruction criminelle, l'époux condamné avait obtenu la *révision* de la sentence et fait proclamer son innocence; car la révision, mesure de réparation et de tardive justice, a un effet rétroactif absolu.

VI. Je crois qu'il en serait de même encore au cas où il aurait obtenu sa réhabilitation. L'époux condamné, sa peine expirée, est allé s'établir loin de son pays ; là, où sa faute était moins connue, il est parvenu à force de courage et de bonne conduite à se faire réhabiliter; cela n'est point un roman; quoique le nombre des réhabilitations soit encore bien faible, il ne cesse de s'accroître, et l'on réhabilite par an environ quarante condamnés pour crime. Eh bien! si l'époux réhabilité vient alors demander à son conjoint de reprendre la vie commune, celui-ci pourra-t-il le repousser en faisant prononcer la séparation? M. Demolombe n'hésite pas à répondre que non : « la réhabilitation, dit-il, qui efface l'infamie, dé« truirait par cela même la cause de séparation [1]. » Telle est aussi l'opinion de MM. Duranton, Vazeille, Zachariæ, Aubry et Rau, Massé et Vergé, Massol. Cette solution qui n'est peut-être pas très-conforme au caractère juridique de la réhabilitation, l'est trop à sa nature morale pour ne pas être accueillie avec empressement par les tribunaux. Voilà donc encore un cas certain où l'époux défendeur pourra repousser victorieusement la demande en séparation, et où, par conséquent, il a intérêt à la connaître.

[1] Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, nos 396 et 538. — Duranton, t. II, n° 559. — Vazeille, t. II, nos 538-559. — Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 157. Massé et Vergé, t. I, p. 151. — Massol, p. 53, nos 3 et 4.

Digitized by Google

VII. N'en pourrait-on pas trouver encore un autre, en supposant qu'un individu ait été condamné sous un nom qui n'est pas le sien? Par exemple, Pierre est condamné sous le nom de Paul : le cas sera rare, mais il n'est pas sans exemple, et il peut être le résultat soit d'un faux, soit même d'une erreur. On voit des accusés prendre devant la justice le nom et la qualité d'un autre. J'ai vu tout récemment pareille erreur se produire à l'égard de deux enfants trouvés, nés à la même époque, portant des noms à peu près identiques, et qui, ni l'un ni l'autre, ne connaissaient exactement leur nom véritable. Eh bien! la femme de Paul, apprenant que son mari, qui peut-être l'avait quittée pour aller travailler au loin (et nous voyons à chaque instant des ouvriers, des terrassiers, quitter leurs femmes pour aller travailler sur les lignes de fer en construction ou se gager pendant l'été comme domestiques), la femme de Paul, dis-je, apprenant que Paul a été condamné et croyant tout naturellement que la condamnation s'applique réellement à son mari, pourra de très-bonne foi venir demander contre lui la séparation. Eh bien! s'il n'y a pas d'assignation, l'erreur ne pourra être reconnue!

Mais comment, dira-t-on, pourrait-elle jamais l'être? L'exploit d'assignation s'adressera nécessairement au condamné, ès noms que lui attribue la condamnation. Eh bien! si c'est un faussaire qui a pris le nom d'un autre pour dissimuler son identité, il gardera le silence et laissera faire. Oui, sans doute, et je conviens que, dans ce cas, l'erreur n'aura aucune chance d'être découverte. Mais, s'il s'agit, au contraire, comme au cas que je citais tout à l'heure d'un individu condamné sous le nom d'un autre, par suite d'une erreur, il reconnaîtra d'abord cette erreur en lisant l'assignation, soit en voyant qu'on le suppose marié alors qu'il est célibataire, ou même, s'il est marié, en lisant dans la citation, les noms d'une femme qui n'est pas la sienne.

Voici, on le voit, des cas nombreux dans lesquels l'époux condamné pourra opposer à la demande en séparation une défense utile, dans lesquels par conséquent il a intérêt à la reconnaître. Ces exemples suffisent à prouver jusqu'à l'évidence l'incontestable nécessité de l'assignation.

C'est donc à tort qu'on la déclare sans intérêt. Ce point nous paraît jugé. Est-ce avec plus de raison qu'on déclare l'essai de

Digitized by Google

conciliation inutile lui aussi et même impossible? Je conviens encore que le plus souvent l'époux défendeur ne pourra venir en conciliation devant le président; mais il y aura des cas, et plus nombreux qu'on ne le suppose, dans lesquels cette comparution ne sera point impossible. Est-ce que l'époux amnistié, réhabilité, reconnu innocent ne pourra pas se présenter? Est-ce qu'il ne le pourra pas quand la demande ne sera formée (et c'est, nous le verrons tout à l'heure, un cas fréquent) qu'après qu'il aura subi ou prescrit sa peine? Mais alors même que l'époux défendeur n'y pourrait comparaître, est-ce à dire pour cela que le préliminaire de conciliation soit inutile et ne doive pas avoir lieu? Je suis loin de le penser. La loi ne veut-elle pas en effet que, même en l'absence du défendeur, le juge fasse au demandeur « *les observations qu'il croit propres à* « *amener un rapprochement* [1]? » N'est-ce pas là une disposition pleine de sagesse et qui montre toute l'importance que la loi attache à cette intervention conciliatrice du juge dont elle a fait une mesure d'ordre public? Qui ne voit qu'au cas d'une demande en séparation de corps fondée sur une condamnation infamante, c'est précisément au demandeur seul que les observations du juge peuvent s'adresser? Que peut-il faire en effet, sinon d'en appeler à ses sentiments d'affection et de charité, l'exhorter à ne point abandonner même dans la faute et dans le crime un époux qui peut revenir au bien, et que son dévouement peut contribuer à relever? Ces observations ne peuvent-elles pas se produire et se produire avec efficacité en l'absence du défendeur comme en sa présence?

III.

Je crois donc en résumé, que, même en se plaçant en dehors du système radical que j'ai soutenu au début de cet article, et qui me paraît le seul vrai, même en déclarant l'article 261 applicable à la séparation de corps, cette demande n'en doit pas moins être introduite par voie d'assignation, et même, n'en demeure pas moins soumise au préliminaire de conciliation. Cette double opinion se fortifie dans mon esprit par l'examen des espèces sur lesquelles la jurisprudence a été

[1] Art. 239.

Digitized by Google

appelée à statuer, bien qu'elle leur ait presque constamment donné des solutions contraires à celles que nous proposons.

Par un premier arrêt du 6 août 1840 [1], la Cour de Paris a décidé qu'une demande en séparation de corps fondée sur une condamnation judiciaire peut être formée incidemment à une demande en séparation de biens, sans qu'il y ait lieu d'appeler au préalable l'époux défendeur en conciliation devant le président. Dans l'espèce, l'époux défendeur, un sieur Gibier, était rentré à son domicile, après avoir prescrit la peine de dix années de travaux forcés à laquelle il avait été condamné. L'arrêt décide avec raison que la prescription de la peine n'effaçant pas la tache d'infamie ne peut devenir une fin de non-recevoir contre l'action en séparation. Mais il est évident, que dans ce cas, où l'époux défendeur était rentré à son domicile, la procédure contradictoire était possible, naturelle et ne présentait que des avantages.

Voici une autre espèce qui s'est présentée devant la Cour de Colmar, le 15 juillet 1846 [2]. Un sieur Aubry avait été condamné, le 25 mars 1832, par la Cour d'assises de la Moselle à huit années de travaux forcés. La dame Aubry ne demanda la séparation *qu'après l'expiration de la peine*. La demande fut introduite par simple requête et la séparation prononcée. Peu après, la dame Aubry vint à mourir, et le sieur Aubry réclama le bénéfice d'une donation qui lui avait été faite par sa femme. Les héritiers de la dame Aubry opposèrent comme cause de révocation de cette donation le jugement de séparation obtenu par la dame Aubry contre son mari. Au nom du sieur Aubry, son tuteur, le sieur Oberlin soutint que la procédure en séparation était nulle, comme ayant été introduite par voie de requête et non par voie d'assignation. On plaidait au nom des héritiers, qu'au cas particulier, « l'exécution des formes « tracées par le Code de procédure était impossible, puisque « le conjoint condamné était absent, et, d'autre part, inutile, « puisque le fait sur lequel on fondait la demande en séparation était évident et hors de toute contestation. » Le tribunal d'Altkirch d'abord, la Cour de Colmar ensuite, admirent complétement ce système. Mais l'arrêtiste observe avec rai-

[1] Dalloz, 41, 2, 48.
[2] Dalloz, 47, 2, 38.

Digitized by Google

son que, dans ce cas, « l'époux ayant subi sa peine, *il n'exis-* « *tait au contraire aucun obstacle à ce que l'action fût contra-* « *dictoirement engagée avec lui.* »

Voici donc deux espèces qui prouvent bien que c'est souvent après la peine subie ou prescrite, quand l'époux condamné veut reprendre la vie commune que la question se pose, c'est-à-dire, dans des conditions où la procédure contradictoire est non-seulement possible, mais facile, où le préliminaire de conciliation ne rencontrera aucun obstacle. N'y a-t-il pas là un argument puissant en faveur de la thèse que nous soutenons?

Que penser, d'ailleurs, de ces impossibilités qu'on allègue? Dans la plupart des cas, l'époux condamné n'aura-t-il pas un représentant de ses intérêts? S'il a été condamné à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la reclusion (C. pén., art. 29), ou à une peine afflictive perpétuelle (L. du 31 mai, 3 juin 1854, art. 2) il est, pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale, et, dès lors, assisté d'un tuteur et d'un conseil de famille. Et le tuteur ne sera-t-il pas là pour défendre, au nom de l'interdit, à l'action intentée contre lui? Sans doute, il ne pourra le remplacer au préliminaire de conciliation; c'est là un acte dans lequel aucune représentation n'est possible; mais, nous l'avons dit déjà, l'absence du défendeur ne doit pas empêcher l'essai de conciliation d'avoir lieu : dans un grand nombre de cas, la question ne se posant qu'après que le condamné a prescrit ou subi sa peine, la conciliation peut être tentée dans les conditions ordinaires; mais à défaut même de la comparution du défendeur, l'intervention du juge s'adressant au demandeur seul peut n'être pas inutile.

Par un jugement en date du 25 novembre 1851, le tribunal de Versailles s'était rangé sur tous les points à notre doctrine: « Il répugne, disait ce jugement, à toutes les règles admises « en matière de séparation de corps qu'elle puisse être pro- « noncée sans que l'époux défendeur ait été appelé, *sans que* « *l'époux demandeur ait été averti par le président de la gravité* « *de la demande;* — il n'est pas absolument impossible que « le défendeur ait des exceptions à opposer à la demande « formée contre lui, et cette seule possibilité suffirait pour « qu'il fût nécessaire de l'appeler en cause. »

Digitized by Google

Ce jugement a été infirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 3 février 1852. Cet arrêt se fonde sur ce motif unique que l'article 261 applicable au divorce doit être *à fortiori* appliqué à la séparation de corps. Mais, au contraire, c'est là précisément la question! Pendant de longues années, la jurisprudence du tribunal de la Seine a admis que la demande en séparation de corps fondée sur une condamnation judiciaire pouvait être introduite par voie de simple requête et soumise à la chambre du conseil [1].

Mais par une décision du 9 mars 1855 le tribunal de la Seine a abandonné son ancienne jurisprudence et décidé que la demande en séparation de corps pour cause de condamnation judiciaire devait être introduite par voie d'assignation. Voici le texte de cette décision qui mérite d'être rapporté :

« Attendu, dit ce jugement, que la demande en séparation « de corps appartient, par sa nature, à la juridiction conten- « tieuse; qu'ainsi, et à moins d'une exception expresse, elle « ne peut être formée que par voie d'assignation à comparaître, « signifiée par le demandeur à la partie défenderesse;

« Attendu que cette exception ne se rencontre pas dans « l'article 261 du Code Napoléon lequel est applicable aux sé- « parations de corps fondées sur la condamnation de l'un des « époux à une peine énumérée aux articles 7 et 8 du Code pé- « nal;

« Que, en effet, ledit article ne détermine les formalités à « observer par la partie demanderesse qu'après avoir admis « que la demande est formée et qu'il s'agit de la justifier; qu'il « décide alors qu'il suffit au demandeur de produire une ex- « pédition du jugement de condamnation avec un certificat du « greffier;

« Que si le législateur avait voulu qu'une telle demande fût « jugée sans que le défendeur fût appelé, il aurait déclaré que « la demande devrait être formée par une requête présentée « au tribunal dans la chambre du conseil et accompagnée des « deux pièces considérées comme seules nécessaires;

« Qu'il faut donc reconnaître que la disposition de l'ar- « ticle 261 a pour objet de décider quelles pièces doivent être

[1] V. notamment les jugements du 9 août 1851 et du 4 janvier 1854 cités par M. Bertin, n° 968, t. II, p. 277.

Digitized by Google

« produites pour justifier la demande en dispensant de toute « autre procédure et non en quelle forme elle doit être intro- « duite.

« Attendu que l'article 262, en autorisant l'appel, suppose « évidemment que l'époux contre lequel la séparation de corps « a été prononcée était partie dans le jugement de première « instance et qu'il donne le sens véritable de l'article 261 en « décidant que la cause sera instruite et jugée par la Cour « comme affaire urgente;

« Attendu que l'article 263 ordonne, pour faire courir le dé- « lai d'appel, la signification du jugement rendu contradictoi- « rement ou par défaut, et que ne faisant aucune distinction ni « exception pour la séparation prononcée dans le cas de l'ar- « ticle 261, et ne fixant aucun délai pour signifier le jugement, « l'article 263 suppose implicitement qu'audit cas, la partie « défenderesse a dû être appelée dans l'instance;

« Attendu que si ce jugement est susceptible d'appel, et si, « par suite, la signification de ce jugement est nécessaire pour « qu'il acquière la force de chose jugée, il n'y a aucun motif « sérieux pour que la demande même ne soit pas signifiée à « l'époux défendeur;

« Attendu qu'on voit, il est vrai, dans les travaux préparatoires du Code Napoléon qu'il avait été proposé au conseil « d'État de considérer le jugement de déclaration d'absence « et la condamnation à une peine afflictive et infamante comme « emportant virtuellement le divorce, et qu'alors l'officier de « l'État civil n'avait plus qu'à déclarer les époux divorcés sur « la seule représentation du jugement; mais que ce système n'a « point été adopté; que le Code a laissé aux tribunaux le pou- « voir non de déclarer, mais bien de prononcer, sur la de- « mande de l'épouse du condamné soit le divorce jusqu'à la loi « du 8 mai 1816, soit la séparation de corps; qu'il s'agit donc « d'une demande à former par une partie contre une autre et « d'un jugement à rendre à l'égard des deux parties;

« Attendu qu'il suit de tout ce qui précède que la législation « n'a pas entendu autoriser les tribunaux à prononcer la sé- « paration de corps, avec ses conséquences énoncées en l'ar- « ticle 299, contre une partie non appelée à se défendre;

« Qu'on dirait vainement que la défense est sans utilité « parce qu'elle n'a aucune chance de succès; qu'en effet, le lé-

Digitized by Google

« gislateur qui a admis et le cas de révision des condamnations « (C. d'instr. crim., art. 442 et suiv.) et la possibilité d'une « amnistie, n'a pas pu admettre en même temps que toute dé- « fense à la demande en séparation de corps dût être à l'avance « considérée comme impossible ;

« Que cette hypothèse même ne justifierait pas la décision « sans exemple qu'on lui attribue, *laquelle irait jusqu'à priver « l'époux condamné de l'espoir de fléchir l'époux demandeur, « et d'obtenir de lui, par l'expression de sentiments capables de « le toucher le désistement de sa demande;*

« Attendu qu'il est directement contraire à l'esprit de la loi « de favoriser et de provoquer la séparation de corps ;

« Rejette la requête. »

On le voit, dans ce jugement, le tribunal de la Seine, revenant sur sa jurisprudence antérieure tout en déclarant l'article 261 applicable à la séparation de corps, se refuse à lui reconnaître la portée qu'on lui attribue généralement. J'ignore si depuis cette décision, le tribunal de la Seine a ou non persévéré dans cette jurisprudence, et depuis 1855 je n'ai trouvé dans les recueils aucun document sur la matière. Mais, par un jugement en date du 14 mai 1866, le tribunal de Laval vient de la résoudre dans le sens des arrêts de Colmar et de Paris. C'est ce jugement qui nous a inspiré la pensée de ce travail ; en face d'une jurisprudence encore incertaine il nous a paru opportun, même après l'excellent travail de M. Bertin, d'appeler de nouveau l'attention sur une question que la pratique a fréquemment à résoudre, d'en proposer et appuyer de nouveau une solution qui, seule, nous paraît juridique et équitable.

ADOLPHE LAIR.

Digitized by Google

DE LA RÉVISION DU CODE PÉNAL EN BELGIQUE,

Par M. Léopold Thézard,
avocat, professeur agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

(PREMIER ARTICLE.)

1. Après une longue élaboration, la révision du Code pénal en Belgique vient de toucher à son terme.

C'était le Code pénal de 1810 qui régissait jusqu'ici la Belgique. Ce Code avait reçu, il est vrai, de nombreuses modifications, soit des dispositions constitutionnelles, soit de diverses lois particulières. Mais dans la voie d'une révision générale, la France avait précédé la Belgique : la loi du 28 avril 1832, tout en conservant la structure générale de l'œuvre de 1810, les numéros des articles et la plupart des dispositions particulières, avait cependant été chez nous une véritable refonte, où les principes mêmes de la pénalité avaient été largement engagés. Depuis, la loi du 13 mai 1863, qui a modifié un certain nombre d'articles du Code pénal, a été aussi le résultat d'un système général : fortifier la répression par voie correctionnelle, soit en abaissant les peines de certaines infractions pour les enlever à la connaissance du jury, et les attribuer aux tribunaux d'arrondissement, soit en imposant à ces tribunaux une sévérité plus grande, tel a été le but principal de cette loi, beaucoup moins importante d'ailleurs que la première.

La Belgique, entrée plus tard dans la voie d'une réformation d'ensemble, s'y est engagée plus complétement. Le cadre même de la législation a été modifié, des classifications ont été changées, le nombre des articles s'est accru de 484 à 568, et le résultat a été un Code véritablement nouveau. Le retard même de leur travail a permis aux législateurs de profiter plus amplement des études des publicistes et des enseignements de la pratique.

L'accomplissement de cette œuvre a duré près de vingt années.

Le 1er mai 1848, fut instituée, par arrêté royal, une commis-

Digitized by Google

sion pour la révision du Code pénal. Elle était composée de MM. de Fernelmont, conseiller à la Cour de cassation, président; — Stas, conseiller à la Cour de cassation; — Haus, professeur de droit criminel à l'Université de Gand, rapporteur; — Nypels, professeur de droit criminel à l'Université de Liége; — Delebecque (depuis décédé et remplacé par M. Joly, juge au tribunal de première instance de Bruxelles).

A la suite des travaux de cette commission, le 14 décembre 1849, le ministère de la justice saisissait la chambre des représentants des trois premiers chapitres du livre Ier du projet de Code pénal; le 20 mars 1850, il lui adressait les chapitres 4 à 9 du même livre. Ces chapitres furent définitivement adoptés par la chambre des représentants le 23 février 1853, et par le sénat le 11 mars.

A la session de 1856-57, fut présenté et adopté en grande partie le surplus du projet. Mais en décembre 1860, le ministère renvoya à l'examen des chambres un projet de chapitre 10 ajouté au Ier livre, ainsi que divers amendements sur le commencement de ce Ier livre déjà voté, mais non encore publié. En même temps continuait l'élaboration des autres parties du projet. La session de 1861-1862 y fut employée. Enfin, en 1866, le projet ayant été complétement discuté par la chambre des représentants, il se trouvait soumis dans son ensemble au sénat, qui y introduisit un grand nombre d'amendements, soit de sa propre initiative, soit sur la proposition du gouvernement. Dans cette session de 1866, l'ensemble du projet définitif fut adopté par le sénat, et renvoyé à la chambre des représentants qui l'adopta également. Les votes furent presque unanimes; il y eut seulement quelques abstentions, motivées par le maintien de la peine de mort.

Enfin, il ne restait plus à obtenir, à la session de 1867, que le vote définitif du sénat. A la séance du 17 mai dernier, le nouveau Code pénal y a été adopté sans débats par 45 voix et une abstention.

Le nouveau Code a donc traversé des phases nombreuses, au milieu des circonstances extérieures les plus diverses; mais il faut rendre aux législateurs belges cette justice que, malgré tout ce qui a pu se passer, soit dans leur pays, soit autour d'eux, leurs travaux ont toujours conservé le caractère de calme et d'impartialité qui convenait à une œuvre durable.

Digitized by Google

Dans les volumineux documents parlementaires que nous avons sous les yeux [1], on ne trouve pas trace des préoccupations ou des divisions du moment. Nulle disposition ne semble inspirée par les nécessités temporaires d'une situation politique; tout s'appuie sur les besoins généraux et permanents de la société; tout a été fait de bonne foi entre ceux qui ont pris part à la réforme. De là ce caractère scientifique, qui explique l'unanimité des votes, après des discussions longues et approfondies. La tendance générale de la loi en elle-même, c'est d'ailleurs la modération dans la pénalité : le législateur a pris à tâche de ne jamais dépasser la mesure nécessaire à la sécurité sociale.

2. Comme le Code pénal de 1810, qui lui a servi de modèle, le Code pénal belge comprend une partie générale et une partie spéciale. Le livre Ier (art. 1-100) est intitulé : *Des infractions et de la répression en général;* le livre II (art. 101-568), *Des infractions et de leur répression en particulier.*

Nous nous proposons de faire surtout connaître à nos lecteurs, par voie d'analyse et de citation, la partie générale. Pour la partie spéciale, nous nous bornerons à des indications sur l'esprit des dispositions principales, et nous insisterons un peu plus sur celles qui peuvent donner lieu à un parallèle avec la révision française de 1863, ainsi que sur certaines matières qui préoccupent à divers titres l'attention publique, comme les coalitions, la diffamation, le duel, les tromperies sur les marchandises, les contrefaçons ou falsifications, etc.

PREMIÈRE PARTIE.

DES INFRACTIONS ET DE LA RÉPRESSION EN GÉNÉRAL.

3. Dans le livre Ier du Code pénal de Belgique, outre les dispositions correspondantes à celles des articles 1-74 du Code de 1810, sont réunies diverses règles générales répandues dans la partie spéciale du Code pénal français, ou même dans le Code d'instruction criminelle. Il y est traité par dix

[1] Nous en devons la communication à la bienveillance de M. Bara, ministre de la justice du royaume de Belgique; et nous le prions de vouloir bien en agréer nos remerciments publics.

Digitized by Google

chapitres différents : 1° Des infractions; — 2° Des peines; — 3° Des autres condamnations qui peuvent être prononcées pour crimes, délits ou contraventions;—4° De la tentative de crime ou de délit; — 5° De la récidive; — 6° Du concours de plusieurs infractions; — 7° De la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit; — 8° Des causes de justification et d'excuse; — 9° Des circonstances atténuantes; — 10° De l'extinction des peines.

Des infractions.

4. La classification générale des infractions est la même que celle du Code de 1810. « L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un crime. — L'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle est un délit.— L'infraction que les lois punissent d'une peine de police est une contravention. » (Art. 1er.)

Un seul changement a été fait : c'est la substitution de la dénomination de *peine criminelle*, à celle de *peine afflictive ou infamante*. Ce détail de langage se rattache à une idée juste : réserver à certaines peines la qualification d'afflictives, c'est méconnaître que toute pénalité quelconque doit être un mal infligé au coupable, qu'elle doit nécessairement être afflictive; donner à des peines la qualification d'infamantes, c'est supposer au législateur un pouvoir qu'il n'a pas : l'infamie résulte de l'opinion, et la loi ne peut avoir la prétention de lui dicter ses arrêts. L'expression de *peine criminelle*, dépourvue de sens propre, mais servant de cadre à une énumération limitative, est donc préférable par son insignifiance même.

Le législateur belge ne s'est pas arrêté à une autre critique dirigée contre la classification de 1810. Quelques auteurs [1] lui ont reproché de qualifier les infractions, non d'après leur gravité intrinsèque, mais d'après le résultat matériel de l'application de la loi, c'est-à-dire d'après la peine encourue. On a répondu avec raison que si le législateur avait exactement proportionné les peines aux infractions (et il doit en avoir la prétention, à moins de nier sa propre autorité), la gravité des peines doit nécessairement mesurer celle des délits; et,

[1] Notamment Rossi et Boitard, dans leurs *Cours de droit pénal*.

Digitized by Google

comme c'est là le signe le plus palpable sur lequel on puisse établir une classification à laquelle on rattache tant de conséquences pratiques, c'est aussi le meilleur à adopter.

5. Les articles 5 et 6 du nouveau Code exceptent de ses dispositions les infractions prévues par les lois et règlements militaires, et prescrivent de continuer l'application des lois et règlements particuliers dans toutes les matières non réglées par ce Code.

6. L'article 2 reproduit l'article 4 du Code de 1810 : « Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise. » Il y ajoute en termes exprès la règle sous-entendue, que « si la peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée [1]. »

7. Les articles 3 et 4 règlent l'importante question de la territorialité de la loi pénale. « L'infraction commise sur le territoire du royaume par des Belges ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois belges. » (Art. 3. — Cf. art. 3 C. Nap.) Mais que décider de l'infraction commise à l'étranger? Grave problème devant lequel se sont engagées les discussions les plus vives, et qui a donné lieu, dans la législation française comme dans toutes celles de l'Europe, aux solutions les plus variées.

Le Code d'instruction criminelle de 1808, s'inspirant des précédents de la législation intermédiaire, avait admis en principe que les faits commis sur le territoire donnaient seuls lieu à l'application de la loi pénale du pays. Où cesse la souveraineté, là cesse l'empire des lois françaises; les faits commis sur un autre territoire ne sauraient être atteints par elle; telle fut la thèse développée surtout par Treilhard, et dont il voulait faire une application absolue et sans restriction. Des exceptions furent cependant admises, mais dans d'étroites limites. Les crimes attentatoires à la sûreté de l'État, de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant

[1] Le principe est d'ailleurs formulé législativement chez nous, non-seulement par les textes du droit intermédiaire, mais par le décret du 23 juillet 1810 sur la mise en vigueur du Code pénal. Outre son autorité rationnelle sur ce point, ce décret a l'autorité législative de tous les décrets inconstitutionnels du premier Empire.

Digitized by Google

cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pouvaient être poursuivis, bien que commis à l'étranger, soit par des Français, soit même par des étrangers. Hors de là, une infraction commise sur le territoire étranger ne pouvait être poursuivie qu'autant qu'elle constituait un crime, qu'elle avait été commise par un Français, et contre un Français, qu'il y avait plainte de la partie offensée, et enfin que le coupable non jugé en pays étranger était de retour en France (art. 5, 6 et 7 C. pr. civ.)—Là se bornaient, aux yeux du législateur, les exigences de la sécurité publique.

Cependant le système de la territorialité de la loi pénale fut vivement attaqué par les philosophes et les criminalistes; et, au nom des sentiments les plus généreux, ils réclamèrent pour les États le droit de punir les infractions commises hors de leur territoire quand les coupables s'étaient réfugiés sur ce territoire.

Où est la justice, disait-on, si les lois pénales ne sont pas égales pour tous, si celui qui a commis un crime peut aller chercher l'impunité à quelques lieues de là, en traversant une frontière? Quelle sécurité présenteront les rapports que la civilisation multiplie entre les peuples, si la loi de chaque pays ne peut au moins suivre les citoyens de ce pays, et leur demander compte à leur retour des infractions commises sur le territoire étranger?

La plupart des législations européennes s'inspirèrent de ces réclamations. La Belgique fut une des premières à les accepter; et une loi du 30 décembre 1836 disposa :

« Art. 1er. Tout Belge qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume, d'un crime ou d'un délit contre un Belge, pourra, s'il est trouvé en Belgique, y être poursuivi, et il y sera jugé conformément aux lois en vigueur dans le royaume.

« Art. 2. Tout Belge qui se sera rendu coupable, hors du territoire du royaume, contre un étranger, d'un crime, ou d'un délit prévu par l'article 1er de la loi du 1er octobre 1833 (vol ou escroquerie), pourra, s'il se trouve en Belgique, y être poursuivi, et il y sera jugé et puni conformément aux lois en vigueur dans le royaume, si l'étranger offensé ou sa famille rend plainte, ou s'il y a un avis officiel donné aux autorités par les autorités du territoire où le crime ou délit aura été commis. »

Digitized by Google

Des dispositions analogues furent adoptées presque partout. La France elle-même entra dans ce mouvement : des projets de modification des articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle furent présentés aux chambres en 1842-43, en 1852, en 1865, pour aboutir enfin à la loi votée le 31 mai 1866 par le Corps législatif [1].

Seules, au milieu de cet enthousiasme pour l'*émancipation rationnelle du droit de punir* [2], les législations de l'Angleterre et des États-Unis conservèrent le principe de la territorialité absolue.

L'expérience ne montra pas que ces deux grands pays eussent à souffrir d'un tel état de choses; mais elle montra que chez les autres nations, le principe de la poursuite des délits extraterritoriaux n'avait guère d'autre valeur que celle d'un hommage théorique aux idées de la justice, et ne répondait pas à des besoins urgents de la pratique. La difficulté à peu près insurmontable des preuves, l'absence d'un péril social sérieux dans des faits commis hors du territoire, durent arrêter presque toutes les poursuites. La seule application possible de la loi était la poursuite des délits politiques : c'était une arme mise aux mains des gouvernements pour demander raison de leur conduite à l'étranger, non pas à de véritables coupables (car la culpabilité ne peut se concevoir sans une attaque susceptible d'un effet direct, sans la possibilité d'un préjudice réel), mais à des malintentionnés. Telle était presque la seule portée qu'on pût attribuer à la poursuite des délits commis à l'étranger; tel était aussi le but principal des projets du gouvernement en 1852 et 1865; mais, grâce au ciel, le gouvernement et les chambres ont eu l'heureuse inspiration d'écarter définitivement de la loi de 1866 ce caractère politique, et de la ramener à des dispositions générales et théoriques.

Les auteurs de la révision belge, en 1853, ont vu le danger ou plutôt l'impraticabilité de l'extension de la loi pénale en dehors du territoire. Revenant sur les traces du législateur de 1836, ils ont fait faire un pas en arrière à la théorie, pour se

[1] Voyez, sur cette loi, nos articles dans la *Revue critique* (avril 1866), et dans la *Revue pratique* (octobre 1866).

[2] Expressions du rapporteur de la loi de 1866.

Digitized by Google

tenir dans la réalité. L'article 4 du nouveau Code est ainsi conçu : « Les infractions commises hors du territoire du royaume par des Belges ou par des étrangers, ne sont punies, en Belgique, que dans les cas prévus par la loi. »

Des peines.

8. D'après le nouveau Code belge, « les peines applicables aux infractions sont : en matière criminelle, 1° la mort; 2° les travaux forcés; 3° la détention; 4° la reclusion; — en matière correctionnelle et de police, l'emprisonnement; — en matière criminelle et correctionnelle, 1° l'interdiction de certains droits politiques et civils; 2° le renvoi sous la surveillance spéciale de la police; — pour les trois espèces d'infractions, 1° l'amende; 2° la confiscation spéciale. » (Art. 7.)

Il y a donc quatre peines principales en matière criminelle. Comme chez nous, ces peines se divisent en deux catégories : peines de droit commun (mort, travaux forcés, reclusion) et peine politique (détention).

Les travaux forcés eux-mêmes sont de trois espèces : travaux forcés à perpétuité; travaux forcés à temps, de seize à vingt ans; travaux forcés à temps, de dix à quinze ans (art. 12).

Quant à la détention, elle comprend quatre degrés : détention à perpétuité; détention extraordinaire (de seize à vingt ans); détention ordinaire, de onze à quinze ans; détention ordinaire, de cinq à dix ans (art. 16).

La reclusion a, comme chez nous, une durée de cinq à dix ans (art. 13).

L'échelle des peines criminelles de droit commun comprend donc en définitive cinq peines : la mort, les travaux forcés de trois espèces et la reclusion. L'échelle politique comprend les quatre espèces de détention.

En matière correctionnelle, l'emprisonnement est de huit jours à cinq ans; le minimum de l'amende est de 26 francs. — En matière de simple police, l'emprisonnement est de un à sept jours, l'amende de 1 à 25 francs (art. 25, 28, 38).

On remarquera l'absence de diverses peines établies en France, particulièrement en matière criminelle :

Les deux espèces de *déportation*, impossibles pour la Belgique qui n'a pas de colonies;

Digitized by Google

La *dégradation civique*, peine souvent illusoire, si elle est prononcée principalement, puisqu'elle ne constitue qu'une privation de droits, susceptible de s'effacer plus tard par la réhabilitation, et qui n'a de valeur pénale que par l'emprisonnement qui y est ajouté par le juge comme accessoire facultatif;

Et enfin le *bannissement*.

La suppression du bannissement a donné lieu dans les chambres belges à une discussion intéressante, tant sur la peine en elle-même que sur l'exercice du droit de grâce.

On sait les critiques auxquelles peut donner lieu le bannissement. C'est une peine qui souvent ne produit pas une intimidation suffisante. Elle produit d'autant moins d'effet qu'elle est appliquée dans un pays peu étendu, comme la Belgique, et dont les voisins, grâce à la communauté du langage et des habitudes, offriront au condamné un séjour aussi avantageux que la patrie elle-même. Dans de semblables conditions, le bannissement ne peut être, pour la majorité des condamnés, une peine sévère. — Il serait surtout dangereux de l'appliquer aux crimes de droit commun, comme le faisait notre ancienne jurisprudence : on ne ferait ainsi qu'établir entre les divers états un échange de malfaiteurs. Appliqué aux auteurs de certains crimes politiques, le bannissement se comprend mieux; car on peut trouver parmi eux des hommes très-sensibles à ce genre de peine, et l'on aura d'ailleurs assez fait pour la sécurité publique en les éloignant du territoire.

Aussi, bien que le bannissement eût été supprimé en principe dès le vote définitif de 1853, quelques membres de la chambre des représentants profitèrent en 1862 de la réouverture des débats, pour proposer, par voie d'amendement, de rétablir le bannissement. Ils le proposaient, moins pour l'appliquer directement à un grand nombre de crimes, que pour constituer une peine dans laquelle la clémence royale pourrait commuer la détention : on arriverait ainsi, dans plusieurs cas, à donner satisfaction aux réclamations de l'opinion publique en faveur de certains condamnés, et à garantir la sécurité du pays contre de nouvelles entreprises de leur part.

Sur cette proposition, s'engagea un débat très-remarquable. Pour repousser le rétablissement du bannissement, avec la fonction spéciale qu'on voulait lui attribuer, le ministre rai-

Digitized by Google

sonna ainsi : « Mais il n'y a pas besoin, pour arriver à ce résultat, que le bannissement constitue une peine. Le roi peut faire une grâce conditionnelle ; il peut, en faisant à un condamné remise entière de sa peine, lui imposer l'obligation de demeurer tant d'années hors du territoire. » La commission législative, d'après un rapport du 21 mai 1862, parut repousser cette idée d'une grâce conditionnelle. Huit jours plus tard [1], elle revint sur son opinion, et, par la considération de la possibilité d'une grâce conditionnelle, se décida à rejeter définitivement la peine du bannissement.

Malgré les autorités invoquées dans la discussion, la première solution nous semble préférable.

« Autre chose, a dit la commission dans son dernier rapport, est la commutation d'une peine en une peine différente, autre chose la grâce conditionnelle. — Par la commutation, il est vrai, on ne pourrait substituer à la peine primitive qu'une des peines admises par le Code ; il serait donc impossible de commuer la détention en bannissement, celui-ci étant supprimé. Mais la grâce sous condition laisse subsister la peine primitivement prononcée ; cette peine est suspendue par la condition, mais elle reparaît tout entière dans le cas où la condition n'est pas accomplie. A la différence de la peine substituée à une autre par la commutation, la condition ne peut jamais être imposée au condamné et exécutée par la contrainte contre lui ; elle n'est pas un châtiment qu'il doit subir ; la seule sanction, c'est la réapparition de la condamnation en cas d'inexécution.

« Du moment qu'il ne s'agit pas de créer une peine nouvelle, ce qui excéderait les pouvoirs du gouvernement, pourquoi celui qui peut accorder une faveur purement et simplement ne pourrait-il pas le faire sans condition ? Il n'y a aucune raison, ni constitutionnelle ni spéciale au droit de grâce, qui s'y oppose. Telle est du reste la doctrine de Dalloz, de Blackstone et de la Cour suprême de Belgique. »

Précisément, nous croyons que la nature du droit de grâce répugne à la solution ainsi établie. Qu'avant de faire grâce, le souverain fasse savoir officieusement qu'il accordera cette faveur quand telle condition aura été remplie, quand par

[1] Rapport du 28 mai 1862.

Digitized by Google

exemple la partie civile aura été désintéressée, on le conçoit; mais que la grâce elle-même, acte officiel et définitif, soit soumise à l'incertitude d'une condition, il est plus difficile de l'admettre.

Ce ne sera pas seulement la grâce qui sera ainsi en suspens, ce sera la peine elle-même : or la conditionnalité n'est-elle pas contraire à la nature de la peine? Est-il permis à un condamné de pactiser avec le souverain sur l'existence de sa peine? Peut-il se soumettre à cette peine, non plus à raison du délit qu'il a commis, mais pour le cas où il n'accomplirait pas telle ou telle condition de fait qui lui a été imposée? De deux choses l'une : ou le délit méritait à tous égards la peine qui a été infligée, et le coupable ne s'est rendu digne d'aucun adoucissement par sa conduite ultérieure, et alors pourquoi faire une grâce même conditionnelle? ou il y avait dès à présent un adoucissement mérité, et alors, pourquoi faire une grâce qui puisse un jour laisser revivre la peine dans toute sa gravité, après y avoir ajouté de douloureux sacrifices pour l'accomplissement incomplet de la condition? On verrait, par exemple, un condamné à vingt ans de détention, auquel on aurait fait grâce, à la condition de quitter le pays pendant vingt ans; il accepterait le contrat, il partirait, il passerait quinze ans à lutter contre les difficultés et les douleurs de l'exil; puis, un jour viendrait où il ne pourrait plus subsister sur la terre étrangère, où il n'aurait plus la force de renoncer à revoir son pays; il reviendrait, il mettrait le pied sur le sol natal :

. . . . . ibi omnis
Effusus labor, atque immitis rupta tyranni
Fœdera. . . . . .

Ses vingt ans de détention l'attendraient à la frontière. — On fera une nouvelle grâce, direz-vous. — Mais qu'est-ce alors que la première grâce, qui ne peut se suffire à elle-même, qui a besoin d'être corrigée et modifiée selon les circonstances?

Le contrat par lequel une condition serait apposée à la grâce est donc inconciliable avec l'idée de la pénalité et avec la dignité des actes du pouvoir. — La condition imposée au condamné pourrait consister à quitter le pays; elle pourrait consister aussi à s'abstenir de l'exercice de ses droits publics, à

Digitized by Google

ne plus écrire, à exercer ou à ne pas exercer telle profession, etc. De telles abstentions peuvent résulter d'une condamnation régulière; mais peuvent-elles être acceptées par un contrat, peuvent-elles être imposées lorsqu'elles ne constituent pas une peine légale? Inscrites dans une donation faite par un particulier, elles seraient frappées d'une nullité absolue, comme limitant les droits inaliénables de l'homme; imposées comme condition de la libéralité du souverain, elles ne peuvent valoir davantage.

La considération qui a déterminé la suppression du bannissement ne nous paraît donc pas acceptable. Il est permis néanmoins de croire que cette suppression, prise en elle-même, aura plus d'avantages que d'inconvénients.

9. Les peines maintenues par le Code pénal de Belgique sont toutes empruntées; quant à leur principe, au Code de 1810; le mode même d'exécution en est souvent identique.

Peine de mort. — La peine de mort a été conservée. Comme toujours, elle a donné lieu à une discussion où les convictions contraires se sont heurtées sans s'ébranler. Les arguments de cette discussion reposent en partie sur des idées absolues et contradictoires considérées de chaque côté comme des axiomes, en partie sur une expérience qui n'a pas été faite : la suppression de la peine de mort amènerait-elle une recrudescence dans la criminalité? Pour le savoir, il faudrait essayer cette suppression; les législateurs n'osent guère le faire, même d'une façon provisoire; ils craignent, en résolvant ainsi la question par la question, de faire trop légèrement une sorte d'*experimentum in anima vili* aux dépens de la société; ils attendent, suivant le mot consacré, que les assassins commencent, et les choses en restent au même point [1].

Il faut cependant reconnaître que le Code belge a restreint l'application de la peine de mort dans des limites que n'avait pas admises en France la révision de 1832. — Voici les seuls crimes punis de la peine de mort que nous ayons relevés dans la nouvelle rédaction :

L'attentat contre la vie, la liberté ou la personne du roi (art. 101);

[1] Depuis que ces lignes ont été écrites, les Chambres de Portugal ont voté la suppression de la peine de mort.

Digitized by Google

L'attentat contre la vie de l'héritier présomptif de la couronne (102);

L'assassinat (394);

Le parricide (395);

L'empoisonnement (397);

Le meurtre simple, dans le cas où il est commis, soit pour faciliter un vol ou une extorsion, ou encore la destruction ou le dégât de propriétés mobilières, soit pour assurer l'impunité de ces faits (art. 475, 532). — On ne punit donc pas de mort, comme dans le Code de 1810, tout meurtre ayant précédé, accompagné ou suivi un crime, ou ayant servi à faciliter un crime ou un délit. Mais peut-être, en évitant de généraliser comme le législateur français, la loi belge a-t-elle laissé en dehors de ses prévisions des faits aussi graves et même plus graves que ceux pour lesquels elle a établi la peine de mort, par exemple le meurtre ayant servi à faciliter un viol ou à en assurer l'impunité.

L'incendie est également puni de mort, mais seulement quand il a causé la mort de personnes qui, à la connaissance de l'auteur du crime, se trouvaient dans les lieux incendiés (518). La peine de mort est applicable, sous la même condition, à celui qui a détruit, par le moyen d'une explosion, des édifices, navires, bateaux, wagons, magasins, chantiers ou autres constructions (520); à celui qui a détruit, en tout ou en partie, des édifices, ponts, digues, chaussées, chemins de fer ou autres constructions appartenant à autrui (521, 522), et à celui qui a causé l'inondation des travaux d'une mine (547-548). — Cette distinction rationnelle, fondée sur les résultats à la fois prévus et effectifs du fait coupable, est bien supérieure à la disposition absolue de la loi française, qui punit de mort tout incendie d'une maison habitée, ou simplement tenant à l'habitation, et qui, même mitigée par des circonstances atténuantes, aboutit la plupart du temps à des rigueurs exagérées. — Les deux révisions de 1832 et de 1863, qui ont amélioré ou complété l'article 434 du Code pénal, ont encore laissé quelque chose à faire à des réformes ultérieures.

Nous avons remarqué que le Code belge ne punit pas de mort le meurtre sans préméditation des fonctionnaires ou agents de la force publique dans l'exercice de leurs fonctions (art. 233 du Code de 1810). — L'infanticide, d'après l'article 396

Digitized by Google

du Code belge, est puni, selon les circonstances, comme meurtre ou comme assassinat. Toutefois, la peine n'est contre la mère que des travaux forcés à perpétuité en cas de préméditation, et des travaux forcés de dix à quinze ans quand la préméditation n'existe pas.

Outre ces restrictions particulières, l'empire de la peine de mort est encore bien diminué dans le Code belge par suite des dispositions générales. Elle ne peut plus s'appliquer en cas de tentative ni de complicité ; elle ne peut plus résulter de l'état de récidive, s'appliquant à un crime punissable des travaux forcés à perpétuité après une première condamnation à cette peine (Cf. art. 57 du Code français).

Le mode d'exécution de la peine de mort, en Belgique, est le même qu'en France, à quelques détails près. « L'exécution aura lieu dans la commune indiquée par l'arrêt de condamnation ; le condamné, accompagné du ministre du culte dont il aura réclamé ou admis le ministère, sera transporté au lieu du supplice dans une voiture cellulaire ; il en sera extrait au pied de l'échafaud et immédiatement exécuté. » (Art. 9) On ne retrouve plus ici l'appareil particulier prescrit par la loi française en cas de parricide (art. 13) ; le législateur belge a pensé que cet appareil n'ajoutait rien à l'effet moral du supplice et que son apparence théâtrale ne convenait pas à l'expiation suprême.

LÉOPOLD THÉZARD.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

DU TAUX DE LA RÉSERVE ET DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE;

Par M. G. Boissonade,
professeur-agrégé à la Faculté de droit de Grenoble [1].

. . . . . Maintenant que nous avons établi que la réserve des descendants a une base plus large et un principe plus élevé que la dette alimentaire [2], il nous reste à en rechercher la meilleure quotité.

Parmi les nombreux auteurs qui ont soutenu, comme nous, que la réserve est de droit naturel et non de droit civil, il en est plusieurs, parmi les anciens et les modernes, qui ont pensé qu'en ce qui concerne sa quotité ou son chiffre, la loi civile reprenait son empire et en quelque sorte son arbitraire. Mais cette concession même ne doit pas être acceptée : si on laissait la loi civile fixer souverainement la quotité réservée, elle pourrait, dans des vues prétendues utilitaires ou économiques, ou pour des raisons plus politiques qu'équitables, la réduire à une si minime fraction des biens du défunt que le principe en serait détruit dans l'application.

Cependant, pour être elle-même fondée sur le droit naturel, la quotité réservée n'en est pas moins délicate à déterminer sainement, et nous allons voir, par les nombreuses tentatives de nos législateurs modernes, combien il leur fut difficile d'arriver à une solution à peu près satisfaisante; il semblerait même que le chiffre actuel ne fut admis que par transaction et, pour ainsi dire, de guerre lasse; aussi n'est-il pas à l'abri de la critique et est-ce à son sujet seulement que nous désirons une modification de notre loi de succession.

Mirabeau, irrité contre la puissance paternelle dont il avait tant souffert, lui qui eût voulu l'abolition du droit de tester plutôt que de voir s'en prolonger les abus, Mirabeau demandait

[1] Cet article est un fragment du mémoire de M. Boissonade, couronné par l'Académie des sciences morales, ainsi que nous l'avons annoncé dans notre dernier numéro. (*Note de la Rédaction.*)

[2] Nous ne sommes pas en opposition avec M. Batbie, qui, dans son récent article sur la *Liberté de tester* (V. le tome XXX de la *Revue*, p. 532), fait rentrer dans la dette alimentaire tous les devoirs moraux du père.

Digitized by Google

que le père, quel que fût le nombre de ses enfants, ne pût disposer que d'un dixième de ses biens; et encore pourvu que ce ne fût pas au profit de l'un des enfants, de peur que l'égalité ne se trouvât lésée. C'était assurer aux enfants la réserve énorme de neuf dixièmes.

M. de Saint-Martin (séance du 4 avril 1791) combattit cette proposition, et donna, dès cette époque, les excellentes raisons qui militent pour un disponible plus considérable aux mains du père, soit en faveur d'étrangers, soit en faveur d'un de ses enfants. Il signala, le premier, la nécessité pour le père de pouvoir rétablir l'égalité véritable, en corrigeant les inégalités naturelles, en compensant, au moins de la seule manière qui soit possible, les infirmités de corps ou d'esprit qui rendraient un enfant impropre au travail, en allégeant pour un autre des charges trop considérables de famille, ou en réparant les coups immérités de la fortune. Tronchet parla dans le même sens.

Au surplus, nous avons dit (liv. II, ch. 7, sect. 1) qu'aucune résolution ne fut votée sur ce point, mais que la loi du 17 Nivôse, an II, vint bientôt consacrer le vœu posthume de Mirabeau, en cédant à toutes ses défiances. Nous avons vu également que la loi du 4 Germinal, an VIII, accorda au père le droit de disposer à son gré d'une part d'enfant, même au profit d'un de ses enfants acceptant sa succession.

Lors de la discussion du Code civil, la question se représenta. Tout d'abord, on fut unanime pour laisser au père la disponibilité d'une partie de ses biens, en faveur de l'un de ses enfants, comme en faveur d'un étranger; et, dans ce cas, on entendait très-bien le faire juge de l'utilité ou de l'équité du préciput. Tronchet, Cambacérès, Bigot-Préameneu au Conseil d'État, Joubert et Favart au Tribunat [1], reproduisirent, à l'envi, les raisons puissantes qu'avait données déjà M. de Saint-Martin à la Constituante. A ces raisons on ajoutait désormais, sans crainte de soulever les mêmes réclamations, le besoin qu'éprouve un père de récompenser la piété filiale et de punir l'ingratitude. En effet, si l'on peut craindre que la vieillesse ne soit circonvenue et captée, il faut redouter, plus encore, de la voir infirme et dans l'isolement, misérable et

[1] V. Fenet, t. XII, p. 293, 305, 331, 509, 585, 589 et 628.

Digitized by Google

abandonnée. La loi nouvelle allait donc concilier enfin les devoirs de la nature avec ceux de la reconnaissance et les droits de la famille avec ceux de l'amitié; enfin l'égalité entre enfants, mieux comprise par Tronchet que par Mirabeau, affranchie de la lettre et des chiffres aveugles d'une loi inflexible, pouvait désormais trouver une consécration et une sauvegarde nouvelles, bien plutôt que courir un danger, dans le don préciputaire confié à la sagesse et à l'affection paternelles.

Quand on fut d'accord sur le but de la réserve et de la portion disponible, on cessa de l'être sur le taux respectif des deux quotités. La quotité fixée par les Novelles de Justinien, consacrée par un grand nombre de Coutumes et par la pratique des Pays de droit écrit, avait des défenseurs, parce qu'elle tenait compte du nombre des enfants. Celle de la coutume de Paris, au contraire, en divisant, dans tous les cas, le patrimoine du père en deux parties égales, l'une disponible, l'autre réservée, présentait une combinaison facile; mais, comme le disait Bigot-Préameneu, « elle avait plutôt tranché « le nœud qu'elle n'avait résolu le problème. »

La loi de Nivôse, sans tenir compte, non plus, du nombre des enfants, donnait au père une trop faible quotité disponible (1/10e) : tout le monde le reconnaissait.

La loi de Germinal avait adopté un système qui pouvait séduire, parce qu'avec beaucoup plus de simplicité que l'ancien système du Droit écrit, il tenait compte, comme lui, du nombre des enfants, en fixant le disponible à une part d'enfant, sans qu'il pût, toutefois, excéder le quart des biens.

Les tribunaux d'appel, consultés, avaient été aussi d'avis assez opposés : ceux de Paris, de Limoges, de Montpellier, demandèrent que la réserve fût abaissée à la moitié pour tous les enfants, en bloc, quel que fût leur nombre; celui de Rennes demanda le maintien des quotités indéfiniment variables de la loi de Germinal; tous les autres tribunaux d'appel approuvèrent le Projet qui proposait une réserve de trois quarts des biens et un disponible du quart, quel que fût le nombre des enfants.

La portion disponible d'une part d'enfant, fixée par la loi de Germinal, fut définitivement abandonnée, malgré les efforts de Tronchet; on reprochait surtout à cette loi de rendre les

Digitized by Google

libéralités du père presque illusoires lorsqu'il aurait beaucoup d'enfants : il pouvait s'en rencontrer plusieurs parmi eux qui méritassent une récompense de leur dévouement ou qui eussent besoin d'aide et de secours; or, une seule part d'enfant divisée entre eux eût été absolument insuffisante [1].

Quant à la nouvelle quotité proposée, d'un quart des biens, quel que fût le nombre des enfants, elle pouvait paraître trop faible encore. Portalis donnait l'exemple d'un laboureur que son fils aîné aura secondé dans les pénibles travaux de l'agriculture, qui aura contribué puissamment à augmenter la valeur du champ paternel, tandis que les puînés se seront enrichis à la ville; dans ce cas, Portalis voulait que le père pût rendre à son fils, en tout ou partie, les biens qu'il tenait de lui [2].

Comme on était divisé et sérieusement embarrassé par ces deux objections : une quotité disponible fixe paraissant toujours ou trop forte ou trop faible, une quotité variable courant risque de se trouver insuffisante en face de nombreux enfants, justement parce que, dans ce cas, il pouvait y avoir parmi eux plusieurs infortunes à soulager, le Premier consul ouvrit un avis nouveau qui consistait à faire dépendre la quotité disponible de l'importance de la succession paternelle. Il la proposait d'une moitié, dans les fortunes inférieures à 100,000 fr., et d'une part d'enfant au delà [3].

Cette proposition ne fut combattue que par des raisons insuffisantes : Béranger objectait que l'importance des sommes varie suivant les temps et les lieux; mais du moment qu'il s'agissait surtout d'établir une proportion entre deux quotités, leur rapport restait le même, quelle que fût la rareté ou l'abondance de l'argent. Tronchet, de son côté, objectait qu'il faudrait toujours une expertise coûteuse et incertaine de la succession; mais il est clair que, dans tous les systèmes, il faut toujours, pour l'application de la quotité disponible, connaître la valeur respective des biens laissés au décès et des biens donnés ou légués, afin de savoir s'il y a lieu au retranchement (Cfr., C. N., art. 922).

Le système du Premier consul avait, il nous semble, deux

[1] V. Fenet, t. XII, p. 300, 302, 307, 317.
[2] Fenet, *ibid.*, p. 259.
[3] Fenet, *ibid.*, p. 318.

Digitized by Google

bien plus graves inconvénients : d'abord n'était-il pas contraire aux nouveaux principes constitutionnels d'avoir une législation civile, variable avec le taux des fortunes? En second lieu, quoi de plus étrange que le résultat suivant : un père ayant trois enfants et 100,000 francs eût pu disposer de la moitié, 50,000 francs, tandis qu'avec le même nombre d'enfants et 101,000 fr., il n'aurait pu disposer que du quart, 25,250 fr.!

Quoi qu'il en soit, cette proposition du Premier consul ne trouva aucun appui au Conseil d'État.

C'est alors que Cambacérès revint sur un avis qu'il avait déjà ouvert précédemment et qui fut adopté comme une transaction, et plus, peut-être, par lassitude que par conviction véritable : la quotité disponible se trouva fixée au taux de notre article 913 actuel, c'est-à-dire qu'elle fut d'une part d'enfant, sans pouvoir jamais descendre au-dessous du quart, en sorte qu'on cesse de tenir compte du nombre des enfants quand ils sont plus de trois [1].

Ce système peut être considéré comme étant encore le moins imparfait de ceux qui avaient été produits jusque-là; mais il reste toujours exposé à ce double reproche : en face de plus de trois enfants, un étranger peut recevoir une portion supérieure à la part de chaque enfant, ce qui ne satisfait ni la raison ni la justice; de même, dans ce cas, un enfant avantagé peut recevoir plus qu'une part double de celle de ses frères, ce qui avait été déjà signalé comme inique au Conseil d'État, et nous semble également injustifiable.

Ne pourrait-on aujourd'hui, avec toutes les idées émises dans cette mémorable discussion et avec tous nos essais législatifs antérieurs, composer un système vraiment mixte, qui ne laisserait prise à aucune des objections précédentes, justement parce qu'il tiendrait compte de toutes? — Nous le croyons.

D'abord il est choquant qu'un étranger puisse recevoir plus qu'un enfant, et la loi de Germinal qui empêchait ce résultat nous a toujours paru digne d'éloges. N'est-il pas suffisant, en effet, quels que soient le mérite et le dévouement d'un étranger, de lui donner, dans la succession, les droits d'un enfant, comme on a pu lui en donner le rang dans l'affection?

Il n'est pas moins blessant pour l'équité qu'un enfant puisse,

[1] V. Fenet, t. XII, p. 260 et 300.

Digitized by Google

sous prétexte qu'il est infirme, malheureux ou dévoué, recevoir plus qu'une part double de celle de ses frères : les infirmités ne seront jamais, quoi qu'on fasse, pleinement compensées par un préciput; il ne faut pas non plus que l'enfant éprouvé par l'infortune devienne plus riche que ses frères; enfin, et surtout, il n'est pas bon que la piété filiale devienne une cause de lucre : elle dégénérerait bientôt en moyen de captation. La vertu trouve en elle-même sa récompense : *virtutum omnium pretium in ipsis est* [1].

Le principe de la loi de Germinal avait donc l'immense avantage d'empêcher la double injustice que nous signalons. Cependant c'était le fausser que de proposer (comme le fit, en 1850, le représentant du peuple Ceyras) de ramener le disponible à une part d'enfant, mais à condition que cette part ne pût être donnée à l'un des enfants venant à la succession; c'était retourner aux injustes défiances de la loi de Nivôse. Aussi la proposition *Ceyras* fut-elle écartée, presque sans discussion, sur le rapport de M. le professeur Valette [2].

Récemment, un autre savant professeur, M. Rodière, émettait également le vœu que la quotité disponible fût réduite à la mesure de la loi de Germinal; mais il ne s'opposait pas, comme M. Ceyras, à ce qu'elle fût donnée à l'un des enfants [3].

Cependant la loi de Germinal avait un grave défaut qui ne nous permet pas d'en demander le rétablissement, et ici nous nous séparons du savant professeur de Toulouse qui paraît trouver suffisant le disponible *maximum* d'un quart établi par cette loi et regretter que, sous notre Code, il puisse atteindre le tiers ou la moitié des biens. La loi de Germinal, en ne laissant aux mains du père qu'un disponible d'une part d'enfant, pour tous ses bienfaits ou pour toutes les misères à soulager dans sa famille, le condamnait à l'impuissance.

Pour nous, nous voudrions voir associer et combiner la loi de Germinal avec l'ancienne coutume de Paris, c'est-à-dire les vues larges de l'époque monarchique avec les défiances un peu ombrageuses de l'ère de l'égalité : l'une des deux lois corrige-

[1] Sénèque, Ep. 81. Le philosophe reproduit encore deux fois cette idée, dans la même lettre : *Rectè facti fecisse merces est; officii fructus ipsum officium est.*

[2] V. *Moniteur universel*, séance du 16 mars 1850.

[3] *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. VIII, p. 90-92.

Digitized by Google

rait l'autre. Le père aurait toujours un disponible de moitié, avec lequel il pourrait satisfaire à tous ses devoirs de reconnaissance et de justice, comme à ses affections et même à ses préférences; ce serait là le bienfait de l'emprunt à l'ancienne coutume de Paris; mais, dans la distribution de ce disponible, le père ne pourrait accorder à un étranger plus d'une part d'enfant, ni à un enfant plus d'une seconde part, faisant ainsi son lot double de celui de ses frères. Quant à l'enfant renonçant, il ne pourrait également recevoir qu'une part d'enfant, ce qui l'assimilerait à un étranger.

Telle est la règle que nous aurions voulu voir proposée pour le Code civil, et la modification qu'il nous semble désirable de voir apporter aujourd'hui à notre loi : elle n'a pas la témérité d'une innovation, car elle n'est que l'association de deux idées qui, séparées l'une de l'autre, ont trouvé de justes critiques, mais qui, réunies désormais, se tempéreraient et se corrigeraient mutuellement. Il nous semble qu'associées elles présenteraient, tout à la fois, l'équité qui distinguait la loi de Germinal et la simplicité qu'on vantait dans la coutume de Paris.

Au surplus, les questions de détail et d'application ne sauraient créer d'embarras sérieux, puisque les *donations de part d'enfant* ont déjà leur base dans l'article 1098.

Il reste ainsi bien peu d'efforts à faire pour que notre loi cesse de donner prise, sur la réserve héréditaire, aux attaques souvent systématiques des amis du passé. Il nous faut observer, sans hésiter, le précepte d'un des législateurs de 1804, avec lequel nous avons commencé ce chapitre et que nous retrouvons en terminant : « La loi civile, pour être parfaite, « n'a rien à créer, elle ne doit que suivre les mouvements « même de la nature [1]. »

G. BOISSONADE.

[1] Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*. V. Fenet, t. XII, p. 511.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

THÉORIE DE LA CONDITION,

DANS LES DIVERS ACTES JURIDIQUES SUIVANT LE DROIT ROMAIN,

Par G. Bufnoir, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. C. Accarias, agrégé de la Faculté de droit de Douai.

(*Suite et fin* [1].)

Le passage certainement le plus remarquable de ce second chapitre, et, je ne crains pas de l'affirmer, du livre entier, c'est celui où l'auteur examine cette question si confuse, si controversée, si encombrée de textes qui paraissent contradictoires : Peut-on transférer une propriété résoluble sous condition? M. Bufnoir pose la question avec plus de netteté qu'on ne l'a jamais fait. Il ne s'agit de savoir ni si la convention des parties suffit à opérer une mutation de propriété, sur ce premier point la négative est certaine; ni si l'acte employé pour la transférer peut être soumis lui-même à une condition résolutoire, sur ce second point il y aurait à distinguer entre les actes solennels et les actes non solennels. Il s'agit de savoir si, en vertu d'un acte translatif quelconque, resté lui-même pur et simple, la propriété peut passer à un acquéreur de telle manière qu'à un certain jour ou par l'événement d'une certaine condition elle cesse de lui appartenir et revienne de plein droit à l'aliénateur. En un mot, la propriété une fois acquise est-elle forcément acquise à perpétuité, et ne peut-elle quitter l'acquéreur que par une rétrocession, donc sans effet rétroactif? M. Bufnoir enseigne que telle fut, en effet, la doctrine primitive, mais qu'abandonnée dès l'époque classique par une minorité de jurisconsultes, notamment par Marcellus et Ulpien, elle a complétement disparu sous Justinien qui, comme pour mieux accuser le triomphe de la théorie nouvelle, corrige une

[1] V. le présent tome, p. 82.

Digitized by Google

constitution de Dioclétien, et là où cet empereur déclarait la propriété intransmissible *ad tempus*, lui fait dire précisément le contraire (§ 283, *Fr. Vatic.* — L. 2, C., *De donat. quæ sub mod.*, VIII, 55). — Cette solution, qui distingue entre les jurisconsultes et les époques, permet à M. Bufnoir d'expliquer d'une manière satisfaisante tous les textes divergents et de réfuter deux opinions extrêmes, dont l'une admet que la translation de propriété n'a jamais pu, même sous Justinien, être effectuée sous condition résolutoire, l'autre qu'elle l'a pu à toute époque. Qu'on adopte ou non dans leur ensemble et dans le détail toutes les conclusions de l'auteur, car je ne voudrais pas affirmer l'impossibilité de produire un quatrième système, tout le monde rendra justice à la méthode parfaite et à la science profonde qui distinguent d'un bout à l'autre cette belle dissertation (p. 136 à 177). Il serait difficile d'être plus lucide, plus complet, et de présenter avec plus de vraisemblance des idées contestées. L'auteur a développé ici un sens historique des plus déliés et des plus sûrs, et son style même emprunte à l'intérêt de la question une vivacité inaccoutumée et une certaine chaleur dont on regrette l'absence dans certaines parties du livre.

Les travaux modernes offraient à M. Bufnoir des secours nombreux qu'il n'a pas négligés. Mais, ici comme partout, non content d'être érudit, il a creusé plus profondément que ses devanciers; et sans parler du mérite d'exposition qui lui est tout à fait propre, il a ouvert quelques aperçus nouveaux; ainsi l'on n'avait pas encore songé à remarquer que dans la doctrine ancienne qui n'admettait pas la translation de propriété sous condition résolutoire, l'apposition d'une pareille condition était diversement traitée selon la nature du droit affecté. S'il s'agissait d'une servitude prédiale, la condition était réputée non avenue en droit civil et la servitude constituée purement et simplement (L. 4, *De servit.* — L. 56, § 4, *De verb. oblig.*). Si au contraire il s'agissait d'une translation de propriété, l'acte entier était nul. Du moins, les textes le disent formellement pour la tradition et le legs (§ 283, *Fr. Vat.* — L. 26, C., *De leg.*, VI, 37). En admettant qu'il faille généraliser la décision de ces deux lois, M. Bufnoir l'explique par une idée un peu subtile, mais vraie. Cette différence tiendrait à ce que les servitudes sont naturellement susceptibles de s'éteindre, tandis

Digitized by Google

que la propriété peut changer de titulaire, mais non pas s'éteindre.

Chapitre III. *Effet de la condition.* — Ce chapitre est divisé en cinq sections dont les quatre premières sont affectées aux effets de la condition suspensive, la cinquième à ceux de la condition résolutoire. Les effets de la condition suspensive sont étudiés successivement, et dans un détail tout à fait approfondi, pour les contrats, pour les legs qui engendrent un simple droit de créance, pour les actes translatifs de propriété soit entre-vifs, soit par décès, enfin pour les institutions d'hétier.

Sur les contrats, M. Bufnoir fait ressortir avec soin les conséquences de ce double point de vue : d'une part, tant que la condition reste en suspens, le contrat n'existe pas encore; d'autre part, néanmoins, il y a déjà une *spes debitum iri*, et cette *spes* est à plusieurs égards traitée comme un droit. Trois passages m'ont surtout frappé.

Le premier est relatif aux effets de la stipulation conditionnelle faite *animo novandi*. Tout le monde sait qu'une pareille stipulation n'éteint pas immédiatement l'obligation primitive et n'opère novation qu'une fois la condition accomplie. Sauf l'opinion isolée du jurisconsulte Servius Sulpicius (Gaïus, III, § 181), cette doctrine était universellement reçue. Mais où les opinions se divisaient sérieusement, c'est sur les deux questions suivantes : Si le débiteur était *in morâ* quant à la dette primitive, cette stipulation conditionnelle faite, soit avec lui, soit avec un tiers, purgeait-elle du moins sa demeure ? Et en second lieu, dans cette même hypothèse d'une *mora*, l'objet de la première dette venant à périr *pendente conditione posterioris stipulationis*, est-ce que l'événement de la condition emportait néanmoins novation ? M. Bufnoir établit clairement que dans la doctrine qui paraît avoir prévalu la demeure était purgée, et la perte de la chose empêchait la condition de s'accomplir utilement. Mais au lieu de chercher une conciliation stérile des textes contraires, il en dégage une double dissidence : d'après Vénuléius, il n'y avait pas *purgatio moræ*, et la novation restait possible malgré la perte de la chose survenue *pendente conditione*. D'après Julien, la demeure n'était pas non plus purgée, mais la perte de la chose faisait évanouir toute

Digitized by Google

espérance d'une novation, et la dette primitive devenait immédiatement poursuivable. Dans tous ses développements sur cette matière délicate, ainsi que sur les conséquences attachées à la défaillance de la condition d'une stipulation faite *animo novandi* et indépendamment de toute *mora* antérieure, M. Bufnoir présente surtout le mérite d'une exposition complète et d'une analyse pénétrante.

Mais voici une question sur laquelle il a jeté une lumière nouvelle et résolu d'une manière aussi ingénieuse que satisfaisante une difficulté qui embarrassait les interprètes. La demande formée *pendente conditione* emportait-elle *plus-petitio*, ou laissait-elle subsister le droit pour le créancier de réitérer utilement son action une fois la condition accomplie ? La question n'existe certainement pas pour les legs ; le légataire qui agit *pendente conditione* ne déduit rien *in judicium* (L. 11, § 4, *De except. rei judic.*). A l'égard des obligations contractuelles, plusieurs textes du Digeste repoussent nettement aussi l'idée d'une *plus-petitio*, et cela est logique, puisque la réalisation seule de la condition fera naître le droit et qu'en conséquence le créancier qui agit *pendente conditione* ressemble à celui qui aurait agi hier pour un droit qu'il acquiert aujourd'hui : à coup sûr le droit naîtrait intact. Cependant Justinien admet la *plus-petitio* (§ 33, *De act. Inst.*), et une loi du Digeste, qui semble l'admettre aussi, avait fait croire que la question partageait les anciens jurisconsultes. Mais par un examen attentif de l'hypothèse prévue, M. Bufnoir démontre que cette loi ne contredit nullement les textes qui repoussent la *plus-petitio*. Que suppose-t-elle, en effet ? Une dette pure et simple stipulée d'un tiers *animo novandi* et sous condition. Si cette stipulation ne nove pas immédiatement, du moins implique-t-elle que le débiteur primitif ne sera pas poursuivi *pendente conditione*, n'étant plus obligé désormais que sous la condition inverse de celle qui affecte la seconde obligation. Or le créancier venant à poursuivre, il est réputé, dit le jurisconsulte, avoir demandé *ante tempus*; il succombe donc, et, quoi qu'il arrive plus tard, n'aura plus d'action. Cette décision n'implique-t-elle pas que, dans la pensée de son auteur, la condition est assimilée au terme en ce qui concerne la *plus-petitio* ? Mais M. Bufnoir fait observer très-finement qu'en droit pur le débiteur primitif est resté tenu comme débiteur pur et simple, cela par une conséquence de ce que *pendente*

Digitized by Google

conditione la seconde obligation n'existe pas encore. Ce qui est devenu conditionnel dans la première dette, ce n'est pas son existence, c'est son extinction. M. Bufnoir aboutit donc à nier la divergence des anciens jurisconsultes. Que si Justinien admet une *plus-petitio ante conditionem*, rien d'étonnant à cela, puisque les conséquences de la *plus-petitio* sont désormais bien adoucies. Mais il n'est pas croyable que les anciens jurisconsultes eussent assimilé la condition au terme contrairement aux principes et en vue de tirer de cette assimilation un résultat rigoureux jusqu'à l'iniquité.

Une autre question sur laquelle M. Bufnoir donne des explications neuves et à peu près décisives est celle-ci : à quel moment se détermine le rang d'une hypothèque établie pour la sûreté d'une créance conditionnelle? Il n'est douteux pour personne qu'en thèse générale elle remontera au jour même de la constitution d'hypothèque. Mais un texte paraît excepter le cas où la condition serait de nature à ne pouvoir s'accomplir *invito debitore*. Ici l'hypothèque ne prendrait rang que du jour de la condition accomplie, décision que quelques interprètes ont voulu restreindre à l'hypothèse d'une condition dépendant de la pure volonté du débiteur. M. Bufnoir rejette cette doctrine même ainsi tempérée, et établit avec une vraisemblance bien voisine de la certitude qu'il ne faut nullement s'attacher au caractère plus ou moins potestatif de la condition du côté du débiteur, mais que le seul point essentiel est celui-ci : Le futur créancier est-il libre de ne pas devenir créancier? S'agit-il par exemple d'un capitaliste qui reçoit hypothèque pour la sûreté d'un prêt qu'il se réserve de me faire ou de ne pas me faire? Ici et dans tous les cas semblables, l'hypothèque ne datera que du jour de la condition réalisée. Hors ces cas, elle prendra rang du jour même de la constitution. Cette distinction que l'auteur appuie sur un texte de Papinien (L. 1, pr. *Qui potior*.) explique tous les autres textes et cadre constamment avec leurs décisions, sinon toujours avec leurs motifs.

Dans cette discussion, M. Bufnoir insiste sur un point essentiel trop peu mis en lumière par les interprètes. Il montre que si le rang de l'hypothèque remonte en principe au jour de sa constitution, lors même qu'elle garantit une créance conditionnelle, ce n'est pas là, quoi qu'en dise un texte de Gaïus (L. 11, § 1, *Qui potior*.), une conséquence attachée à la

Digitized by Google

rétroactivité de la condition une fois accomplie : la preuve, c'est que l'hypothèque consentie pour une dette simplement future n'est pas traitée autrement. Cette distinction entre la dette proprement conditionnelle, c'est-à-dire la dette qui une fois née sera réputée avoir existé même dans le passé, et la dette future, celle qui quoique née ne rétroagira pas, est très-nettement précisée par l'auteur. Il en trouve la justification dans les textes, et la montre se manifestant par d'importantes différences pratiques. Ainsi, tandis que la créance conditionnelle née d'un contrat fait par un esclave appartiendra toujours au maître du jour du contrat, quand même la condition ne se réaliserait qu'après l'aliénation ou l'affranchissement, il en serait différemment de la créance future : à quelque époque que remonte le fait d'où elle dérive, c'est au jour où elle naît qu'il faudra se placer pour en connaître le titulaire. Cette distinction permet à M. Bufnoir de déterminer exactement la portée du principe de la rétroactivité de la condition accomplie et de ne pas mettre sur le compte de ce principe certains effets qu'on lui attribue souvent et qui se rencontrent aussi dans l'obligation future. Telle est entre autres la possibilité de faire *pendente conditione* une novation qui, si la condition arrive, éteindra immédiatement la dette ou plutôt l'empêchera de naître; une pareille novation est également possible pour une dette future : donc elle ne dépend en rien de l'effet rétroactif de la condition.

Des explications aussi complètes que celles de M. Bufnoir sur les effets de la condition suspensive apposée à un contrat lui permettaient d'être beaucoup plus bref, sans être moins complet, sur les effets de cette même condition affectant un legs générateur de créance. Ici l'auteur devait s'efforcer avant tout de relever les différences considérables qui séparent le legs conditionnel de la créance conditionnelle née d'un acte entre-vifs. Les deux principales consistent dans l'intransmissibilité active de l'espérance résultant du legs et dans la non-rétroactivité de la condition accomplie. Aux yeux de M. Bufnoir, ce legs est pleinement assimilable à une créance future. D'autres auteurs avaient déjà vu et avaient dit que la condition apposée au legs et plus généralement à une disposition testamentaire ne rétroagit jamais. Mais M. Bufnoir s'est approprié cette idée; il l'a rendue neuve en la creusant plus que per-

Digitized by Google

sonne, en en relevant avec soin toutes les conséquences, enfin en la mettant, à force de lumière, hors de toute discussion. Au surplus, pour le dire dès à présent et pour n'y plus revenir, il résulte de toute la suite de l'ouvrage que la condition suspensive affectant soit une disposition testamentaire quelconque, soit un acte entre-vifs translatif de propriété ou autres droits réels, ne rétroagit pas non plus. Les conséquences de la non-rétroactivité des conditions mises à un legs *per vindicationem* sont longuement développées dans la troisième section de ce chapitre, et l'auteur y démontre qu'à l'exception d'un cas unique qui se rencontre dans les donations *mortis causa* intervenues entre époux, jamais en matière de tradition l'arrivée de la condition ne fait remonter l'acquisition au jour même de l'acte. Désormais donc il ne sera plus permis de poser en principe absolu la rétroactivité des conditions accomplies : ce principe n'est vrai que pour les créances nées d'un acte entre-vifs.

Passant aux effets de la condition dans les actes translatifs de propriété, l'auteur concentre nécessairement toute son attention sur le legs *per vindicationem* et sur la tradition. Je dis nécessairement; car la règle qui proscrit les conditions expresses dans les *actus legitimi* le dispense de parler de la mancipation, de la cession *in jure* et de l'adjudication. Ce n'est pas qu'il ne fût opportun de s'arrêter un instant sur l'effet des conditions tacites qui peuvent affecter de tels actes; mais les textes font défaut, et c'est là sans doute ce qui empêche M. Bufnoir d'accorder à cette matière d'ailleurs secondaire les honneurs d'un paragraphe spécial. Néanmoins, si l'occasion se rencontre d'en toucher quelques mots, il ne la manque pas; et cette occasion lui est offerte pour la mancipation et la cession *in jure*, par un texte remarquable et embarrassant dont il donne avec beaucoup de finesse une explication très-plausible et que je crois entièrement nouvelle. La loi 9, § 1, *De jur. dot.* (XXIII, 3), suppose qu'une personne a constitué une dot par voie de tradition; mais de telle façon que la propriété des choses livrées ne dût passer au mari qu'une fois le mariage contracté. La tradition est donc conditionnelle, et pour le moment les effets en demeurent suspendus. Est-ce que la mort du constituant, survenue avant le mariage, va rendre cette tradition inefficace, encore que plus tard le mariage s'accom-

Digitized by Google

plisse? Est-ce que l'héritier du constituant pourra la méconnaître et intenter une revendication? Un texte de Julien décide négativement, et sa décision est tout à fait conforme au principe général d'après lequel la condition se réalise utilement même après la mort de l'obligé ou de l'aliénateur. Cependant la loi 9, § 1, *De jure dot.*, déclare la tradition devenue inefficace par la mort du *tradens;* et si la dernière phrase corrige ce résultat *favore dotium*, en cela elle porte la marque presque irrécusable d'une interpolation; de sorte qu'Ulpien, l'auteur de ce texte, serait ici en contradiction, non-seulement avec Julien, mais, ce qui est plus grave, avec les principes. D'éminents interprètes, entre autres M. Pellat, ont admis une divergence entre les deux jurisconsultes et essayé d'expliquer logiquement la décision d'Ulpien. M. Bufnoir, dans une discussion pleine de sagacité et d'élégance, conjecture que Justinien aura substitué la mention d'une tradition à celle d'une mancipation ou d'une cession *in jure;* et alors le texte d'Ulpien se résout en une application rigoureuse et logique de cette idée que les *actus legitimi* subordonnés à une condition tacite sont réputés d'une manière absolue ne se former qu'à l'arrivée de la condition et par conséquent supposent jusque-là la persistance de toutes les conditions nécessaires à leur validité. Or, dans notre espèce, l'auteur de l'acte a cessé de vivre quand la condition se réalise; et un mort ne peut être réputé faire ni cession *in jure* ni mancipation. Il suit de là que la correction opérée par Justinien dans le texte d'Ulpien, quoique très-sensée au fond, pèche par la forme. Du moment que changeant l'espèce prévue il supposait une tradition et non plus une cession *in jure*, il devait corriger la décision elle-même, au lieu de la formuler comme vraie en droit pour ajouter qu'en pratique il faut l'abandonner comme peu favorable au mariage.

Dans la quatrième section de ce chapitre, M. Bufnoir étudie les effets de la condition apposée à une institution d'héritier. Ici, comme sur toutes les matières qui précèdent, je regrette que les limites nécessaires d'un compte rendu m'empêchent de le suivre dans le détail. Je signalerai spécialement une dissertation très-nourrie sur la condition de l'hérédité dans l'intervalle qui s'écoule entre le décès du *de cujus* et l'adition. Trois idées sont développées par l'auteur : 1° Si l'on n'eût pas

Digitized by Google

modifié la réalité par une fiction, si l'on eût considéré les choses comprises dans l'hérédité jacente comme *res nullius*, cela aurait entraîné un grave inconvénient, savoir l'incapacité absolue pour les esclaves héréditaires d'acquérir aucun droit pour le compte de l'hérédité. C'est pourquoi on la considéra comme une personne. 2° L'hérédité devait-elle représenter la personne de l'héritier futur ou celle du défunt? La seconde décision prévalut et elle devait prévaloir. D'une part, en effet, les dispositions testamentaires faites par des tiers au profit d'esclaves que le testateur aurait affranchis *directo* ou légués *per vindicationem* eussent été toujours nulles, si l'hérédité avait représenté l'héritier futur; d'autre part, s'il est vrai que les dispositions faites au profit de tout autre esclave héréditaire auraient pu valoir même dans la doctrine repoussée, il n'est pas moins vrai que la validité de ces dispositions eût été souvent douteuse au début : chacun, en effet, sait s'il avait la *factio testamenti* avec le défunt; mais on ne sait pas toujours si on la possède avec l'héritier futur, cet héritier pouvant être inconnu. A ces raisons d'utilité pratique qui devaient faire prévaloir la représentation du défunt par l'hérédité, M. Bufnoir joint avec quelque timidité une autre considération que je crois juste, mais peut-être incomplétement motivée : c'est que l'héritier futur pouvait bien être considéré comme personne incertaine, nul ne sachant si l'institué recueillerait ni quel serait à son défaut l'héritier *ab intestat*. Ce motif, ai-je dit, me paraît insuffisant; car ne pourrait-on pas objecter à M. Bufnoir que, s'il y a incertitude sur la personne qui recueillera *ab intestat* au défaut de l'institué, du moins l'héritier *ab intestat* ne peut sortir que d'une classe de personnes actuellement connues? Il est donc *persona incerta ex certis personis*. Et cela suffit pour qu'en droit on ne le répute pas personne incertaine (§ 25, *De leg. Inst.*). La vraie raison est, je crois, celle-ci : Tous ceux qui, à titre d'institués, de substitués ou d'héritiers légitimes, peuvent *jacente hereditate* espérer la succession, sont connus. Mais leur état peut changer : de personnes *sui juris* ils peuvent devenir personnes *alieni juris*, et réciproquement. De sorte que l'on ne sait pas si arrivant à l'hérédité ils l'acquerront pour eux-mêmes ou pour un autre. Or cette personne à qui peut-être ils acquerront est évidemment incertaine. 3° M. Bufnoir montre que la

Digitized by Google

fiction qui faisait rétroagir l'adition d'hérédité au jour du décès ne saurait se concilier avec la règle qui répute le défunt représenté par l'hérédité. Mais en même temps il prouve que cette fiction, quoique mentionnée par plusieurs textes, ne produisait véritablement qu'une seule conséquence pratique, savoir l'efficacité des stipulations faites *heredi futuro* par un esclave de l'hérédité. Il est probable que cette fiction était surtout défendue par ceux qui voulaient faire représenter l'héritier futur par l'hérédité, et combattue par les partisans de l'opinion contraire. Cette opinion contraire ayant prévalu, il n'est pas étonnant que l'intérêt de cette fiction de rétroactivité ait fini par se réduire à un effet unique d'assez médiocre importance.

L'ouvrage de M. Bufnoir se termine par l'explication des effets de la condition résolutoire, qu'il envisage principalement dans les actes où elle était le plus usitée, savoir la donation *mortis causa* et la vente. Cette matière, beaucoup moins importante que la précédente, offrait peut-être encore plus de difficulté, parce que la théorie de la condition résolutoire s'étant développée plus tard et avec moins d'unité de vues que celle de la condition suspensive, surtout en ce qui concerne les translations de propriété, les textes devaient être nécessairement plus rares et moins décisifs. M. Bufnoir a triomphé de ces difficultés et éclairci plusieurs points obscurs. Notamment il démontre que les risques de la chose vendue sous condition résolutoire doivent rationnellement incomber au vendeur et lui sont en effet imposés par les textes, sans aucune distinction entre la perte partielle et la perte totale. Si le contraire a pu être soutenu, cela tient, d'une part à ce qu'on a eu le tort d'assimiler l'acheteur sous condition résolutoire à un vendeur sous condition suspensive, d'autre part à ce que l'on a parfois pris l'accident pour la règle : ainsi quand la chose vendue avec *addictio in diem* périt entièrement, il est désormais certain que le vendeur ne trouvera pas un acheteur meilleur; ainsi encore, quand la vente a été accompagnée de la *lex commissoria*, il est visible que le vendeur n'aura pa la naïveté, si la chose périt, d'invoquer la résolution du contrat purement facultative pour lui. En fait, dans ces deux cas la chose aura péri pour l'acheteur : elle aura péri pour lui, parce que certainement la condition résolutoire ne s'accomplira pas. Mais ces déci-

Digitized by Google

sions ne prouvent pas du tout que lorsque la condition résolutoire peut s'accomplir et s'accomplit effectivement après la perte même totale de la chose, cette perte ne retombe pas sur celui à qui le bon sens veut qu'elle incombe, sur le vendeur, puisque l'événement de la condition doit replacer les parties au même état que s'il n'y avait jamais eu de vente.

M. Bufnoir démontre aussi très-nettement que la condition résolutoire accomplie ne rétroagit pas. Et cela lui permet d'expliquer pourquoi les fruits et accessoires que la chose a produits entre les mains de l'acheteur ne sauraient appartenir au vendeur, pourquoi il ne peut exercer sans une cession les actions nées *pendente conditione* d'un délit relatif à la chose vendue, telles que les actions *furti* ou *legis Aquiliæ*, pourquoi les servitudes acquises par l'acheteur au profit de la chose subsistent, etc. Et si on lui objecte que dans la doctrine qui admet le retour *ipso jure* de la propriété à l'aliénateur, les droits réels établis par l'acquéreur pendant sa propriété intérimaire s'évanouissent, il justifie ce résultat indépendamment de toute rétroactivité de la condition, par cette idée que l'acheteur n'a pas pu concéder des droits plus stables que le sien : il est, à ce point de vue, comparable à l'héritier qui aurait aliéné ou grevé de droits réels la chose léguée sous condition : l'événement de la condition ferait tomber tous ces droits, bien que la condition accomplie ne rétroagisse pas ici.

En résumé, le travail de M. Bufnoir se recommande surtout par la fermeté et la finesse de l'analyse, par une exposition nette et sobre, par une érudition étendue et néanmoins sans étalage, par une connaissance approfondie des sources, très-souvent par des vues entièrement neuves ou plus complètes que celles de ses devanciers. Je regrette toutefois qu'il n'ait pas condensé dans une courte synthèse les principaux résultats de ses recherches : il eût ainsi fait ressortir par un relief plus vigoureux les caractères communs des divers actes conditionnels et les oppositions parfois si tranchées qui les séparent. Il aurait corrigé un défaut, peut-être inévitable en ce sujet, tout au moins inhérent au plan général qu'il a suivi, je veux dire le morcellement et la dissémination de certaines explications relatives à une même matière. Bref, le lecteur, toujours ennemi de l'effort, lui saurait gré d'avoir ménagé sa paresse,

Digitized by Google

n'ayant pas à dégager lui-même, à travers le détail des solutions particulières et des questions secondaires, les idées principales qui forment la substance du livre et qu'on doit retenir. Au surplus, je sais qu'il est toujours facile de saisir quelques imperfections dans l'œuvre d'autrui, et j'aurais mis moins de franchise à critiquer un maître éminent ou à hasarder quelques idées contraires aux siennes, si je n'étais convaincu que la louange pure et simple ne contente pas les esprits élevés, et si je ne reconnaissais dans l'ouvrage de M. Bufnoir des qualités de premier ordre et un savoir supérieur à toute critique.

Je ne veux pas terminer sans prendre acte d'une promesse de l'auteur. Son livre, dit-il lui-même, « doit être considéré comme la préface d'un travail semblable sur le droit actuel. » Voué aujourd'hui, d'une manière sans doute définitive, à l'enseignement de notre droit civil français, et déjà riche de sa préparation antérieure, M. Bufnoir, mieux que personne, est en mesure de nous donner une étude complète sur la condition en droit français. Ce nouveau travail, dont il faut souhaiter la publication prochaine, sera certainement d'une lecture plus facile et plus fructueuse pour ceux qui auront préalablement fait connaissance avec la *Théorie de la condition* en droit romain. Que ce soit là pour tous les amis de la science un stimulant de plus à étudier et à méditer le livre dont je viens de donner un compte rendu bien insuffisant et un peu tardif. On n'aborde pas l'œuvre principale sans avoir lu la préface.

C. ACCARIAS.

HISTOIRE DES CLASSES OUVRIÈRES DEPUIS 1789,

Par M. Levasseur.

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques
Paris, Hachette et Cie.

Compte rendu par M. Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

M. Levasseur a publié, il y a quelques années, une histoire des classes ouvrières en France, depuis la conquête romaine jusqu'en 1789. Il vient de livrer au public deux nouveaux volumes, où il examine au triple point de vue de la législation, du progrès moral et du bien-être matériel, la situation faite

Digitized by Google

aux ouvriers par la révolution et les divers régimes politiques qui l'ont suivie.

Aborder cette partie si délicate de notre histoire contemporaine n'était pas chose facile. La révolution a émancipé le travail, et, comme le fait avec raison remarquer M. Levasseur, le travail industriel en se développant en France a exercé son influence, non-seulement sur la richesse de la nation, mais sur l'éducation, les mœurs, la politique et jusque sur les spéculations philosophiques et les systèmes sociaux. Écrire l'histoire des classes ouvrières, qui tiennent aujourd'hui dans la société une place si grande, c'est écrire le chapitre le plus intéressant et peut-être le moins connu de notre histoire contemporaine. Ce n'est point que ce sujet si vaste n'ait été l'objet de nombreux écrits; mais jusqu'à présent les publicistes qui se sont occupés de la classe ouvrière, se sont appliqués plutôt à développer des théories et à discuter des systèmes, qu'à étudier soigneusement la situation vraie de toute une classe de citoyens dont ils se sont faits les détracteurs passionnés ou les admirateurs irréfléchis. A en croire les uns, l'ouvrier serait aujourd'hui dans une position pire qu'avant 1789; exploité par les classes bourgeoises, écrasé par une législation inique, il ne pourrait trouver de remèdes à ses maux que dans une réforme sociale absolue. Rien n'est fait encore : tout est à faire. — D'autres, au contraire, méconnaissant le malaise réel, les souffrances véritables des classes ouvrières, opposent aux plaintes et aux réclamations les mieux fondées le plus incorrigible optimisme. A les en croire il n'y a plus de progrès à réaliser : l'âge d'or est revenu; l'ouvrier qui demande une part plus large de bien-être ou d'influence est un mécontent, un homme dangereux.

Bien peu d'écrivains ont su éviter ce double écueil. Il faut rendre à M. Levasseur cette justice qu'il a osé, en composant son *Histoire des classes ouvrières depuis* 1789, rompre franchement avec les utopies et les déclamations des apôtres de la réforme, sans s'associer aux exagérations et aux lieux communs des satisfaits. Examinant soigneusement les monuments législatifs et les documents statistiques, il a cherché la vérité, et l'a dite sans complaisance pour les uns, sans parti pris contre les autres.

Mais dans son désir d'être impartial, M. Levasseur a invo-

Digitized by Google

lontairement restreint le cadre qu'il s'était tracé et qu'il devait remplir. Après avoir raconté, il n'a pas suffisamment conclu. Il y a bien dans son second volume un chapitre fort intéressant qu'il intitule *conclusion*; mais cette partie de l'ouvrage n'est qu'un tableau abrégé de la situation faite à l'ouvrier dans notre société d'aujourd'hui. Sans doute dire ce que sont en 1866 les classes ouvrières, après avoir raconté ce qu'elles étaient en 1789 : dire quelle légitime influence appartient à présent au travailleur, quels principes l'animent, quelles aspirations l'inspirent ou le dirigent, après avoir raconté quelles entraves s'opposaient, avant 1789, au progrès du bien-être et de la morale au sein des classes ouvrières, c'est fournir au lecteur les éléments d'une comparaison que sans doute il ne manquera pas de faire; c'est lui donner le moyen de constater l'étendue des progrès réalisés, en même temps que la grandeur et l'importance de ceux qui restent à faire. Mais le rôle de l'historien doit-il se borner à celui d'un simple rapporteur? Il y a bien peu de gens aujourd'hui qui admettent la distinction un moment triomphante de l'histoire *ad probandum* et de l'histoire *ad narrandum*. L'écrivain qui cherche dans l'histoire la justification d'une thèse est un pamphlétaire, ce n'est pas un historien. L'écrivain qui raconte sans juger, qui dit le passé sans en faire sortir des leçons pour l'avenir, s'arrête à moitié route. Son travail peut être précieux comme document, mais ce n'est pas une œuvre complète. C'est avec un véritable sentiment de regrets que nous signalons dans le remarquable ouvrage de M. Levasseur une lacune de cette nature. Quand on a, comme il l'a fait, examiné une question sous tous ses aspects, scruté un problème sous toutes ses faces, pourquoi s'arrêter après avoir posé les bases de la démonstration, sans essayer de dégager l'inconnu? Pourquoi après avoir découvert le mal, ne pas indiquer ou ne pas tenter au moins d'indiquer le remède? Ce qui a jusqu'à ce jour entravé plus qu'aucune autre cause le développement physique, moral, politique des classes ouvrières, ce sont les idées fausses qu'on n'a cessé de répandre parmi elles. Il est un principe qui se dégage de tout le livre de M. Levasseur, et sur lequel celui-ci n'insiste peut-être point assez: c'est qu'en poursuivant la réforme sociale, et en méconnaissant la nécessité de la liberté politique (c'est la doctrine de Saint-Simon), les ouvriers ont involontairement

Digitized by Google

compromis la cause qu'ils soutenaient et manqué le but qu'ils voulaient atteindre. Ce ne sont pas, le livre de M. Levasseur en fait foi, les gouvernements les plus démocratiques en apparence qui ont le plus contribué à améliorer le sort de l'ouvrier, ce n'est pas la Révolution, ce n'est pas le premier Empire, ce n'est pas même la révolution de 1848 qui ont donné aux classes ouvrières l'occasion et le moyen de conquérir la grande place qui leur appartient dans la France moderne : c'est la Restauration, c'est le gouvernement de Juillet. Sans doute c'est l'Assemblée constituante qui a proclamé le principe de la liberté du travail; mais elle a reculé bien vite devant les conséquences du principe qu'elle avait posé. Il serait d'ailleurs injuste de l'accuser seule de ses hésitations et de ses terreurs. Émancipés par la suppression des maîtrises et des jurandes, les ouvriers ne surent pas user sagement d'une liberté à laquelle rien ne les avait préparés, et ils élevèrent des prétentions qui effrayèrent outre mesure l'Assemblée. Les maîtres perruquiers avaient protesté contre la suppression des maîtrises; ils avaient déclaré « que leur conscience les obligeait à affirmer que le public, privé à l'époque du jour de l'an des soins d'artistes distingués, réclamerait bientôt la réorganisation de leur corporation. » Les ouvriers avaient beaucoup raillé les maîtres perruquiers « incapables de comprendre les bienfaits de la liberté; » Pour montrer qu'ils étaient dignes de cette liberté, les ouvriers cordonniers décidèrent que l'on ferait sortir du territoire français tout compagnon qui se permettrait de vendre une paire de souliers au-dessous d'un prix fixé par un comité dirigeant. En même temps, au nom de la libre concurrence, les domestiques et hommes de service s'adressèrent à l'Assemblée pour en obtenir un décret d'expulsion contre les Savoyards.

Opprimés depuis des siècles, les ouvriers considéraient la liberté comme le droit d'opprimer à leur tour. Épouvantée l'Assemblée vota la loi des 14-17 juin 1791, la première loi contre les coalitions. Les ouvriers, dépourvus alors de tout moyen d'obtenir l'augmentation des salaires, généralement insuffisants, désertèrent l'atelier et se portèrent en masse aux armées. Certaines industries furent gravement compromises par cette grève d'un nouveau genre; et il fallut que la législative, quelques mois à peine après que le principe de la liberté

Digitized by Google

du travail avait été proclamée, fit aux ouvriers des papeteries défense de s'enrôler. Malgré la rareté de la main-d'œuvre, le taux du salaire resta stationnaire. Misérable jusqu'à la fin de 1794, la situation de l'ouvrier s'améliora pendant la période dictatoriale pour devenir sous l'Empire plus déplorable qu'elle n'avait jamais été. Écrasées par les règlements de police relatifs au livret qui, sous prétexte de donner à l'ouvrier une garantie contre les exigences du patron, le soumettaient à la sujétion la plus étroite, les classes ouvrières durent encore subir le contre-coup d'une politique effrénée. En 1813, sur 67,000 ouvriers résidant à Paris, 21,900 étaient sans ouvrage, et il fallut que dans les faubourgs le mécontentement du peuple travaillant eût pris la proportion d'un danger véritable pour que le gouvernement s'aperçût qu'il y avait là de grandes misères à soulager. Peu s'en fallut que le remède qu'il tenta d'y apporter ne fût pire que le mal; on faillit en revenir aux anciennes maîtrises. La Restauration ne prétendit pas, comme l'Empire, se faire le missionnaire des idées et des principes de la Révolution, mais à part quelques mesures de détail, plus vexatoires que vraiment illibérales, comme la loi sur le repos du dimanche, elle s'occupa franchement d'améliorer le sort des ouvriers et favorisa de toutes ses forces la création des caisses d'épargne et des sociétés de secours mutuels. Sous le gouvernement de Juillet, et grâce à des mesures sagement progressives, le niveau moral et le bien-être matériel des classes ouvrières s'éleva rapidement. Le salaire augmenta notablement sans que le prix des objets nécessaires à la vie grandît dans la même proportion. Nous ne pouvons suivre M. Levasseur dans les détails qu'il donne sur les mesures diverses prises par le gouvernement provisoire, la présidence et le second empire dans l'intérêt des classes ouvrières. Nous nous bornons à renvoyer nos lecteurs au livre lui-même. Ils y trouveront des documents, et surtout des chiffres, fort intéressants et fort curieux. Ils y trouveront surtout la démonstration claire jusqu'à l'évidence du principe que nous formulions tout à l'heure : que la situation des classes ouvrières ne s'améliore point en raison directe des travaux qui s'exécutent dans un pays, mais en raison directe de la vie morale dont il est animé.

GABRIEL DEBACQ.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE L'EFFET ABSOLU OU RELATIF DES CAUSES QUI EMPÊCHENT OU SUSPENDENT LE COURS DE LA PRESCRIPTION.

Par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

Toutes les causes qui, d'après la loi, empêchent ou suspendent le cours de la prescription, sont-elles, sans distinction, applicables à la prescription *extinctive* et à la prescription *acquisitive?* Si je ne me trompe, la question n'a point encore été envisagée ou même formulée sous un aspect aussi général. La solution cependant est indispensable pour mesurer le degré de stabilité de la propriété foncière. Suivant qu'on restreint ou qu'on exagère le nombre des obstacles que rencontre la prescription *acquisitive*, l'acquisition ou l'affectation d'un immeuble offre plus ou moins de sécurité. La publicité des transmissions et des constatations de droits réels est bien peu efficace, si d'autres droits qui lui échappent entièrement ou qu'elle n'annonce qu'imparfaitement ou indirectement, éclatent soudainement et sont une surprise dont ne puisse garantir l'un des plus sûrs témoignages de la solidité du droit de propriété, à savoir l'ancienne possession. Comment accepter sans crainte, à titre d'affectation hypothécaire, ou payer d'un prix élevé un immeuble dont la destinée est précaire?

Nous parlons évidemment plus que nous ne nous occupons d'économie politique, car autrement nous aurions plus de souci de la fragilité ou de la ténacité des liens qui unissent les biens au propriétaire.

Nous attacherions plus d'intérêt au point de savoir quelles causes empêchent ou suspendent le cours de la prescription trentenaire, quand son caractère est purement acquisitif, ou la prescription décennale ou vicennale, c'est-à-dire la prescription avec titre et bonne foi de l'article 2265.

Nous sommes ici en face d'un problème qui se recommande autant par l'utilité de son examen que par ses difficultés.

Chose singulière! les questions de principe, celles que

Digitized by Google

presque toutes les législations soulèvent, sont plus négligées que les questions qui résultent de textes, d'un caractère tout contingent et dont l'origine s'explique mieux par les accidents d'une opportunité plus ou moins bien entendue, que par les exigences de la raison et par des intérêts permanents de toute société.

L'article 2252 du Code Napoléon, qui suspend la prescription, en faveur des mineurs et interdits, est applicable à la prescription *acquisitive* comme à la prescription *extinctive*.

L'usurpateur, celui qui demande à la durée d'une possession, dénuée de titre et de bonne foi, la justification d'une spoliation et le possesseur en vertu d'un titre, dont il n'a pas connu le vice, ne prescrivent pas, au préjudice de ceux dont l'incapacité est irrécusablement constatée par la minorité ou l'interdiction.

Mais l'article 2257 qui empêche ou suspend le cours de la prescription, à l'égard d'une créance, jusqu'à ce que la condition arrive, à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu, à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que le jour soit arrivé, s'applique-t-il également à la prescription *acquisitive?* Ce n'est là qu'une des faces de notre question générale, et c'est assurément celle qui a le plus attiré l'attention.

On s'accorde assez à reconnaître qu'en thèse ordinaire le propriétaire sous condition suspensive ne peut se prévaloir de ce que l'incertitude de son droit, avant l'accomplissement de la condition, l'a empêché de se plaindre, pour paralyser, soit la possession trentenaire du *prædo*, ou du moins de celui qui n'invoque pas de titre, soit la possession du tiers détenteur qui a titre et bonne foi. On admet cette solution à l'encontre du vendeur non payé, du donateur, dont la libéralité est résolue pour inexécution des conditions, du donateur avec clause de retour, du légataire conditionnel, du substitué dans la substitution permise. L'attente de l'événement résolutoire ne fait pas obstacle à l'efficacité de la possession comme titre acquisitif. (Aubry et Rau, t. II, p. 299, sous le § 213.)

S'il y a des dissidences sur ces points, elles ne sont pas très-nombreuses, et leur autorité ne semble avoir rien de menaçant pour la vérité juridique.

Toutefois n'y aurait-il pas une distinction à faire entre le tiers détenteur de bonne foi, qui ne tient pas son titre du

Digitized by Google

propriétaire menacé par le droit éventuel, et le tiers détenteur qui est l'ayant cause de ce propriétaire? L'acquéreur *a non domino* et l'acquéreur *a domino* doivent-ils être assimilés?

L'acquéreur *a non domino* conquiert, par la prescription, une propriété qui ne lui a pas été transmise, et il la conquiert pleine et entière.

L'acquéreur *a domino* a, lui, été investi d'un droit de propriété résoluble ou restreint par quelque éventualité. Il n'a pas à conquérir le droit dont il a été saisi; il a seulement à affranchir ce droit de la menace à laquelle il a été soumis.

L'acquéreur *a non domino* invoque incontestablement une prescription *acquisitive, l'usucapion;* l'acquéreur *a domino* n'invoque-t-il pas seulement une prescription *extinctive?*

Si l'acquéreur *a domino* ne peut invoquer qu'une prescription *extinctive,* cette prescription n'est-elle pas une prescription de trente ans?

Vainement objecterait-on que la prescription qui affranchit du droit hypothécaire n'est que de dix ou vingt ans, aux termes de l'article 2180, n° 4, § 3. Cette disposition est une exception, et je ne préjuge pas que la prescription à laquelle elle s'applique soit une prescription *extinctive.*

Nous verrons bientôt que la distinction dont je parle a été proposée sur la question de savoir si la prescription de l'article 2265 peut affranchir le tiers détenteur avec titre et bonne foi des servitudes qui grèvent l'immeuble par lui acquis.

Si cette distinction était admise, elle prouverait que la croyance à un titre qui n'existe pas, *une illusion,* vaut mieux qu'un titre entaché d'un vice, ce vice fût-il ignoré de l'acquéreur.

Je n'accepte point, du moins sur notre question, la distinction dont il s'agit.

L'acquéreur *a domino* peut invoquer la prescription *acquisitive,* puisqu'il lui importe de conquérir ce qui manque au titre de son auteur, *l'incommutabilité.* Je suis, sous ce rapport, de l'avis de M. Demante (*Cours analytique,* t. IV, n° 64 *bis,* § 9, p. 164).

La prescription, fondée sur un juste titre et accompagnée de la bonne foi, est aussi puissante pour faire acquérir l'*immutabilité,* quand la propriété de l'*auteur* était *commutable,* qu'elle

Digitized by Google

l'est pour faire acquérir la propriété, quand l'*auteur* n'était nullement propriétaire.

L'article 2180, n° 4, § 3, bien qu'il ait un caractère exceptionnel, ne distingue pas entre le tiers détenteur qui a acquis *a non domino* et le tiers détenteur qui a acquis *a domino* l'immeuble grevé.

La distinction que je repousse au point de vue de l'article 2255 du Code Napoléon, considéré en lui-même, est-elle dénuée de toute importance à d'autres points de vue, qui ne sont pas absolument étrangers à cet article?

Si le tiers détenteur avec titre et bonne foi prescrit par dix ou vingt ans contre le titulaire du droit *personnel*, ou même *réel*, *pendente conditione*, par le domicile de qui devra être déterminée la durée de la prescription opposable dans les termes de l'article 2265? Par le domicile du représentant de l'immeuble, quand le titre translatif sur lequel s'ente la bonne foi n'émanera pas de lui, quand il émanera *a non domino*.

Mais quand le titre translatif émanera du propriétaire, menacé par le droit éventuel, ne sera-ce point le domicile du représentant de ce droit qu'il faudra prendre en considération? Dans ce dernier cas, le prescrivant semble n'avoir rien à conquérir contre son auteur, qui lui a transmis tout ce qu'il pouvait lui transmettre. La prescription ne paraît devoir courir que contre celui qui est exclusivement intéressé à la prévenir, à savoir contre le titulaire du droit éventuel; ce titulaire, s'il peut avoir pour représentant, contre le spoliateur, le spolié, en communauté d'intérêt avec lui, ne saurait être représenté par le propriétaire que son titre éventuel menace et qui a agi en fraude de ce titre qu'il a dissimulé.

La difficulté qui me préoccupe a plus de largeur que la question à l'occasion de laquelle je l'indique comme digne d'examen. Si le domicile du titulaire du droit éventuel, qui menace le tiers détenteur, peut quelquefois exercer de l'influence sur la durée de la prescription opposable, pourquoi sa condition, sa minorité par exemple, ne serait-elle pas prise en considération? Ne sera-ce que dans le cas où la circonstance du domicile du titulaire du droit éventuel n'est pas indifférente, que la circonstance de la minorité de ce titulaire ne sera pas elle-même dénuée d'effet?

Voilà un point encore sur lequel la doctrine, si je ne me

Digitized by Google

trompe, est muette. — Chargé de faire la loi, je ne reculerais pas devant la consécration d'un principe absolu. Je dirais que, pour le calcul de la prescription *acquisitive*, il faut n'envisager que la condition, non-seulement du propriétaire contre lequel cette prescription opère, mais même du propriétaire dont elle a pour effet de combler l'insuffisance de transmission. Ainsi, la minorité du titulaire du droit résolutoire du vendeur, du droit conventionnel de retour du donateur, ne serait pas opposable à l'ayant cause de bonne foi du *prædo*, et elle ne serait même pas opposable à l'ayant cause de bonne foi de l'acquéreur débiteur du prix, ou du donataire. Avec cette théorie, très-facile à justifier, au point de vue législatif, on comprend très-bien comment les causes qui empêchent ou suspendent, dans les termes de l'article 2257 du Code Napoléon, le cours de la prescription, ne sont pas opposables aux détenteurs, qui peuvent se placer sous la protection de l'article 2265.

Quoi qu'il en soit, examinons par quels motifs la doctrine est arrivée à écarter, au profit du tiers détenteur, à des conditions qu'elle n'a pas suffisamment précisées, l'application de l'article 2257. Ces motifs sont ceux-ci : les titulaires du droit éventuel, dans les divers cas de cet article, ont été en mesure d'interrompre, à titre conservatoire, la prescription.

Cependant, MM. Aubry et Rau ont écrit que l'article 2257 est une application de la règle : *Actioni non natæ non præscribitur*, et ne doit pas être considéré comme établissant seulement des suspensions de prescription. (Sous le § 213, t. II, p. 297, à la note.)

Ils ont écrit que les actions en garantie sont *imprescriptibles* tant que le droit de ceux auxquels elles peuvent éventuellement appartenir n'a été l'objet d'aucun trouble juridique, et que les actions ayant pour objet des créances conditionnelles ou à terme ne sont *prescriptibles* qu'à partir de l'événement de la condition ou de l'échéance du terme. (Sous le § 772, t. VI, p. 519 et note 5 de cette page.)

Mais si, comme MM. Aubry et Rau l'enseignent, l'article 2257 n'est que l'application de la règle *actioni non natæ non præscribitur*, le tiers débiteur avec titre et bonne foi ne pourrait s'abriter par la prescription de l'article 2265, même contre l'action résolutoire du vendeur, tant que le prix ne se-

Digitized by Google

rait pas exigible, même contre le droit contractuel de retour du donateur, tant que la condition de ce retour ne serait pas réalisée. Pourquoi donc les deux éminents professeurs ne vont-ils pas jusque-là? (Voir § 213, t. II, p. 299, et surtout la note 14 de la page 298.)

Ce que nous constatons seulement, c'est que MM. Aubry et Rau ne disent pas que l'article 2257 n'est applicable qu'à la prescription *extinctive*, et qu'il est étranger à la prescription *acquisitive*.

Les savants jurisconsultes ne paraissent pas songer à une distinction entre les deux espèces de prescription; ce qui me prouve qu'ils excluent cette distinction, c'est que leur théorie a une autre base et qu'ils professent que la prescription *acquisitive* ne court pas contre le réservataire (§ 686, t. V, p. 586), contre l'institué contractuel, qui auront à revendiquer des biens frappés à leur profit d'indisponibilité.

Les titulaires des droits successifs, disent MM. Aubry et Rau, n'ont pu agir, même à titre conservatoire, tant que ces droits n'ont pas été ouverts; donc ils sont à l'abri de la prescription *acquisitive*.

D'un autre côté, MM. Aubry et Rau, précisément parce qu'ils n'adoptent pas pour point de départ de leur solution la distinction entre la prescription *acquisitive* et la prescription *extinctive*, ne s'occupent de l'article 2257 que dans ses rapports avec l'article 2265. Mais les questions que les deux savants auteurs examinent ne se présentent pas seulement à l'occasion de la prescription *acquisitive* avec titre et bonne foi, elles se présentent aussi à l'occasion de la prescription *acquisitive* sans titre. Eh bien! le réservataire, l'institué contractuel, devenus héritiers, pouraient-ils revendiquer un immeuble qu'un usurpateur aurait possédé pendant vingt ans, au préjudice du *de cujus*, pendant dix ans, à leur préjudice à eux-mêmes?

Non bien évidemment. Sans doute le *prædo* n'est ni un donataire ni un représentant du donataire, et il ne saurait être question de la prescription *extinctive* d'une action en réduction ou d'une action en nullité.

Oui, assurément; mais c'est précisément, en isolant la prescription *acquisitive* de toute idée de prescription *extinctive*, qu'on peut apprécier à quelles règles à part chaque espèce de prescription est soumise. Supposez que le réservataire articule

Digitized by Google

que le *de cujus* a laissé courir la prescription pour favoriser le possesseur et arriver ainsi à lui conférer, en fraude de la réserve, un avantage d'autant mieux déguisé qu'il a été constitué en dehors de toute constatation écrite.

La prescription accomplie pendant la vie du *de cujus* ou seulement commencée pendant cette vie et achevée depuis, sera-t-elle opposable au réservataire? Oui, dit la Cour de cassation, qui n'écarte pas la prescription et ne se prévaut point de l'idée que la fraude fait exception à toutes les règles. La Cour de cassation l'a ainsi jugé, *même en matière de prescription extinctive;* elle a déclaré que le silence prolongé du *de cujus* sur la nullité d'un testament, fait à son préjudice et au profit d'un légataire, qu'il se proposait de gratifier d'une manière indirecte, pouvait avoir des effets contre la réserve, ou du moins contribuer, par sa durée, à faire obstacle à l'action en réduction.

Cette solution d'un arrêt de la chambre civile, d'un arrêt qui casse (Pardovani C. Pardovani, 28 janvier 1863; Dalloz, 63, 1, 48), soulève beaucoup d'objections:

1° Parce qu'il s'agissait, non de prescription *acquisitive*, mais de prescription *extinctive*;

2° Parce que l'inertie *de cujus*, si elle était le résultat d'une complicité, était une véritable libéralité. Dans l'espèce, il y avait une ratification du testament. Cette ratification laissait peu de doutes sur l'intention qui expliquait le défaut de réclamation.

Je n'invoque cette décision que pour établir, par un argument *à fortiori*, que la théorie d'après laquelle la prescription *acquisitive* de trente ans court au bénéfice du *prædo*, avant l'ouverture de la réserve, n'a rien de paradoxal et est plus que favorisée par les précédents.

Le tiers détenteur qui tiendrait son titre, non d'un donataire, mais *a non domino*, prescrirait aussi, aux termes de l'article 2265, avant l'ouverture de la succession, contre le réservataire ou l'institué; donc, pour exclure la possibilité de la prescription, avant l'ouverture de la succession, au profit de l'ayant cause du donataire, il faut soutenir que la prescription *acquisitive* a besoin du secours de la prescription *extinctive* de l'action en réduction ou en nullité, et que par elle-même elle serait impuissante. Ainsi la question est de savoir

Digitized by Google

s'il est nécessaire qu'une prescription *extinctive* concoure avec la prescription *acquisitive*, pour que l'article 2265 puisse, dans certains cas, recevoir son application.

Je résous négativement cette question.

Dans les cas de donation au préjudice de la réserve ou de l'institution contractuelle, la prescription *acquisitive* de l'action du réservataire ou de l'institué serait une prescription de trente ans. Pourquoi donc tout le monde reconnaît-il que la prescription décennale ou vicennale, courue depuis l'ouverture de la succession, couvrira l'acquéreur de bonne foi du donataire, c'est-à-dire de l'ayant cause, qui ignore la donation?

Pourquoi la prescription *extinctive*, en se fondant dans la souscription *acquisitive*, est-elle ainsi limitée à dix et vingt ans?

Cette idée de la nécesstté du concours d'une prescription *extinctive* avec une prescription *acquisitive* est née peut-être et semble pouvoir s'appuyer de l'article 2180, n° 4, § 3.

Le tiers détenteur avec titre et bonne foi s'affranchit de l'hypothèque, qu'il n'a pas connue, par une prescription de dix à vingt ans, à partir de la transcription de son acte d'acquisition. Il prescrivait, du moins avant la loi du 23 mars 1855, (j'écarte provisoirement une controverse que cette loi a fait naître), contre le droit du vrai propriétaire, par une possession de dix ou vingt ans, qui pouvait commencer utilement avant la transcription de son titre. N'est-ce pas de cette anomalie qu'on a conclu que le tiers détenteur a besoin, dans certain cas, de deux prescriptions, la prescription de l'action hypothécaire et la prescription de la propriété de l'immeuble hypothéqué?

La prescription de l'article 2180, n° 4, § 3, est-elle une prescription *extinctive?* Oui, disent MM. Aubry et Rau sous les §§ 219, t. II, p. 346. N'est-ce pas plutôt une prescription *acquisitive?* (Voir M. Paul Pont sur l'art. 2180, n° 1248.) Le *fait de la possession y est exigé, outre le laps de temps.* Cette prescription ne semble être que la prescription de l'article 2265, avec un autre point de départ adopté dans l'intérêt du créancier hypothécaire. Mais si la loi, dans l'intérêt du créancier hypothécaire, avait changé le point de départ de la prescription décennale ou vicennale, l'a-t-elle changé dans l'intérêt du titulaire du droit successif? Non, aucune disposition exceptionnelle ana-

Digitized by Google

logue à la disposition de l'article 2180, n° 4, § 3, n'est invoquée dans notre controverse.

L'hypothèque, dans le cas de l'article 2180, n° 4, § 3, est-elle prescrite par une possession de dix à vingt-ans, que cette hypothèque soit attachée à une créance conditionnelle ou à une créance non conditionnelle? Non, dit la Cour de cassation, et elle distingue (Chambre des requêtes, 16 novembre 1857, Forge; contre, Roche, Devill. et Car., 58, 1, 398). Oui, disent MM. Aubry et Rau et les nombreux auteurs qu'ils citent (t. II, p, 298, sous le § 213, à la note 14).

Ce qui fait mon embarras, c'est qu'il faut s'attacher au domicile du créancier, dont le tiers détenteur prétend paralyser l'hypothèque par la prescription, pour savoir si cette prescription est de dix ou de vingt ans. — N'en doit-on pas conclure que la condition du créancier, du moins pour cette prescription spéciale, n'est pas dénuée d'influence? La minorité du titulaire de l'hypothèque ne serait-elle pas une cause de suspension? Pourquoi alors, du moins pour cette prescription spéciale, la modalité de la créance hypothécaire serait-elle sans conséquence? Pourquoi son défaut d'exigibilité, son caractère conditionnel, n'auraient-ils pas un effet suspensif? Cette dernière conclusion, je l'avoue, ne s'impose pas.

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas oublier que l'article 2180, n° 4, § 3, est une disposition anormale et exceptionnelle.

On pourrait, avec plus d'avantage, pour établir que la prescription *acquisitive* a quelquefois besoin du secours de la prescription *extinctive*, argumenter, en négligeant l'article 2180, n° 4, § 3, de la jurisprudence, qui décide qu'une servitude ne s'éteint au profit du tiers détenteur, qu'il ait acquis *a domino* ou *a non domino*, que par la prescription trentenaire, dans les termes des articles 706 et 707 du Code Napoléon. (Voir M. Demolombe, t. II, *Des servitudes*, n° 1064.)

Cette prescription est bien, elle, une prescription *extinctive;* pourquoi n'est-elle pas suppléée par la prescription *acquisitive* de l'article 2265? Parce que ce n'est pas le tiers détenteur qui prescrit, parce que le rapport n'existe qu'entre le fonds dominant et le fonds servant, et que le fonds servant, dans quelques mains qu'il aille, reste toujours de même condition, grevé d'une charge dont il ne peut s'affranchir ou être affranchi que par prescription *extinctive*. Le fonds servant, le fonds débiteur,

Digitized by Google

n'est pas et ne saurait être dans la position d'un ayant cause; par conséquent, il est en dehors des conditions d'application de l'article 2265. La servitude diffère de l'hypothèque, en ce qu'elle n'est pas un droit accessoire d'une personne sur une personne, mais qu'elle constitue un droit direct d'une chose sur une autre chose.

Enfin, la nécessité d'appliquer l'article 607 implique la nécessité de ne pas séparer cet article de l'article 606. Il y a là encore une solution spéciale, qui a le caractère d'une exception.

La distinction proposée par M. Marcadé entre le tiers détenteur, qui a acquis *a non domino*, et le tiers détenteur, qui a *acquis a domino*, pour déshériter celui-ci et pour assurer à celui-là la protection de l'article 2265, est inadmissible; elle appelle une objection que l'incisif auteur a vivement raillée, mais qui n'est pas pourtant dénuée d'importance, bien qu'elle ne soit pas décisive. (*De la prescription*, 207, 208, 209.)

L'ayant cause, à titre particulier de bonne foi, du *prædo*, libérerait, avec la prescription de dix ou vingt ans, l'immeuble acheté, d'une servitude, et l'ayant cause à titre particulier et de bonne foi du propriétaire de l'immeuble asservi ne pourrait acquérir la libération de cet immeuble que par une prescription de trente ans.

Est-ce que le premier n'aurait pas, en général, été moins imprudent que le second? Pourquoi l'un aurait-il plus besoin que l'autre de la prescription *extinctive?* Les articles 706 et 2280, n° 4, § 3, sont des solutions exceptionnelles, sans analogie entre elles; elles reposent chacune sur des motifs spéciaux.

Si je repousse la distinction de Marcadé sur une question particulière, je repousse avec non moins d'énergie, du moins avec la formule qu'il lui donne, sa distinction sur l'article 2257.

Cet article ne serait applicable qu'aux droits *personnels*, il serait étranger aux droits *réels*.

D'après nous, entre les contractants et leurs représentants à titre universel, les droits *réels* conditionnels ne sont pas plus prescriptibles avant l'événement de la condition que les droits personnels.

La vraie distinction, dans notre opinion, pour appliquer ou

Digitized by Google

écarter l'article 2257, c'est la distinction entre la prescription *extinctive* et la prescription *acquisitive*.

Marcadé a proposé encore sur l'article 2257 une autre distinction, qui a beaucoup de ressemblance et, à vrai dire, un saisissant caractère d'identité, malgré la diversité de la formule, avec la distinction de MM. Aubry et Rau.— Il distingue les droits conditionnels des droits qui n'ont encore aucune existence actuelle, qui ne sont qu'à l'état de *pure espérance*, et qu'on appelle souvent *droits présomptifs*.

Suivant cette théorie, la prescription au profit des tiers détenteurs court contre les *droits conditionnels*, mais elle ne court pas contre les *droits présomptifs*. Au nombre des *droits présomptifs*, c'est-à-dire des droits qui ne sont pas des droits, l'auteur range le titre du successible réservataire avant l'ouverture de la succession, et même le titre de l'institué avant la mort de l'instituant. (Marcadé, sur l'art. 2257, § 3, p. 170.)

L'erreur, du moins d'après nous, consiste à supposer que le tiers détenteur a besoin d'une prescription *extinctive* pour acquérir, par la possession, la pleine et libre propriété d'un bien sur lequel plane la menace, non d'un véritable *droit conditionnel*, mais d'un *droit présomptif*.

Je ne m'explique pas très-bien comment un *droit* qui n'est pas un *droit* est plus exclusif de la prescription *acquisitive*, qu'un véritable droit conditionnel. Comment l'éventualité, qui n'a pas de titre encore, serait-elle plus puissante et plus invincible qu'une éventualité fondée sur un titre ?

On prétend, il est vrai, que le successible présomptif, réservataire ou institué, ne peut agir contre le tiers détenteur, tandis que le titulaire d'un droit conditionnel a qualité pour prévenir par son action la prescription. L'objection oublie que précisément la prescription *acquisitive* court contre celui qui a titre pour posséder, et qui cependant ne possède pas.

Voilà pourquoi elle n'est pas paralysée en général, du moins, par la circonstance du défaut d'exigibilité ou de la conditionnalité des droits.

La minorité des titulaires de droits à terme ou des créanciers conditionnels ne ferait pas obstacle à la prescription *acquisitive*, du moins à celle qui ne serait pas régie par l'article 2180, n° 4, § 3 ; elle ne suspendrait au profit des créanciers que la prescription *extinctive*. Le *prædo* ou le tiers déten-

Digitized by Google

teur avec titre et bonne foi prescrit contre celui qui a titre pour représenter l'immeuble et non contre les titulaires des droits éventuels *personnels ou réels*, qui peuvent faire évanouir ce titre de représentant. Sans doute la minorité suspend la prescription *acquisitive*, comme elle suspend la prescription *extinctive*, mais elle ne la suspend qu'au profit de ceux contre lesquels on prescrit. Or la prescription *acquisitive* ne court que contre le représentant de l'immeuble, et, quant à la prescription *extinctive*, elle ne court que contre les créanciers et leurs ayants cause à titre universel, et elle n'a rien en général à ajouter à la prescription *acquisitive*.

Est-ce à dire que les titulaires des droits éventuels, *personnels ou réels*, qui menacent le titre du représentant de l'immeuble contre lequel court la prescription *acquisitive*, n'auraient pas qualité pour interrompre cette prescription ? La logique ne m'impose point cette conséquence. Du chef de celui qui a un titre actuel pour représenter l'immeuble sur lequel ils ont un droit conditionnel, ils peuvent faire les actes interruptifs ; seulement les actes interruptifs supposent, au moins de la part de ceux dont ils émanent, un droit conditionnel.

Notre théorie est en germe dans Marcadé, qui semble ne pas avoir aperçu ou voulu poursuivre toutes les déductions. Je lis en effet (p. 152) :

« Les huit articles qui suivent (2252-2259) nous indiquent « les diverses causes de suspension admises par la loi : elles « se divisent en trois classes.

« 1° Les unes sont fondées sur la qualité personnelle du pro- « priétaire ou créancier (art. 2252, 2254, 2255, 2256).

« 2° Les autres sur les rapports existant entre les propriétaire ou créancier et le possesseur ou débiteur (2253, 2255, « 2259).

« 3° Les dernières enfin pour la prescription libératoire seu- « lement sur la modalité de la créance (2257). » (Voir aussi Mourlon, *Répétitions écrites*, t. III, n° 1918.)

Ainsi, d'après Marcadé, l'article 2257 n'est applicable qu'à la prescription libératoire.

La question eût donc dû se réduire pour lui au point de savoir quelle était celle des deux prescriptions, la prescription *acquisitive* ou la prescription *libératoire ou extinctive*, dont le secours était invoqué.

Digitized by Google

J'appliquerais cette théorie à la résolution ou à la révocation de la donation pour survenance d'un enfant au donateur; les tiers qui posséderaient le bien donné sans titre, ou par suite d'un titre émané du donataire, mais du donataire, qui leur aurait dissimulé la nature de son propre titre, pourraient, par une possession trentenaire dans le premier cas, par une possession de dix à vingt ans dans le second et le troisième cas, acquérir un droit de propriété immutable.

Ces prescriptions pourraient commencer à courir même avant la naissance de l'enfant, c'est-à-dire avant l'événement auquel la loi attache l'effet révocatoire. L'article 966 du Code Napoléon, qui déclare que la prescription ne court que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, ne s'applique qu'aux donataires, à leurs représentants à titre universel et aux ayants droit à titre particulier, qui ont connu le titre du donataire et doivent par cela même subir les périls, comme ils recueillent les avantages de ce titre; ils sont subrogés aux droits résultant de ce titre *cum omni causâ*.

Je suis ici en parfait accord avec l'éminent auteur du *cours analytique du Code civil*, M. Demante.

« Dans tous les cas où, suivant notre doctrine, les détenteurs jouissent de la prescription ordinaire, j'entends que cette prescription coure, en leur faveur, du jour de leur entrée en possession, et cela sans distinguer si cette entrée en possession a précédé ou suivi l'événement qui produit la révocation. Vainement prétendrait-on qu'avant cet événement la prescription ne devrait pas courir contre le donateur, sous le prétexte qu'il ne pouvait pas agir. Cette objection, selon moi, serait mal fondée; nulle part, en effet, je ne vois que la condition qui suspend le droit d'un propriétaire empêche de courir contre lui la prescription à l'effet d'acquérir. Là, en effet, ne s'applique pas la disposition de l'article 2257, qui, à l'égard d'une créance conditionnelle, suspend le cours de la prescription à l'effet de se libérer. Cette différence s'applique eu égard à la base différente des deux prescriptions. « (T. IV, n° 110 *bis*.)

M. Demante ajoute une remarque qui n'est exacte que dans deux des trois hypothèses que sa solution embrasse. « Quand il serait vrai que le propriétaire conditionnel, contre lequel on

Digitized by Google

fait courir la prescription, ne peut pas agir, cela n'offrirait pas pour lui un grand inconvénient, car l'action sera probablement intentée par le propriétaire actuel, intéressé en général à ne pas laisser prescrire, et dont la diligence profitera, suivant l'événement, soit à lui-même, soit au propriétaire conditionnel. »

Il faut bien reconnaître que l'ayant cause à titre singulier du donataire, qui aura laissé ignorer l'origine de la propriété par lui transmise, ne sera exposé, avant la survenance d'enfant au donateur, à aucun acte interruptif.

Bien évidemment, M. Demante n'admet pas la distinction de Marcadé entre les droits conditionnels et les droits imparfaits que l'auteur qualifie de *droits présomptifs*. (Voir cependant *Cours analytique*, t. IV, p. 164, § 62 *bis*, et aussi Mourlon, *Répétitions écrites*, t. III, n° 1919.)

En face du système de M. Demante sur l'article 966, M. Demolombe se montre plein de perplexité. Il semble d'abord l'adopter, puis il craint que ce système ne soit contraire aux précédents historiques, et finalement, il l'amende, le corrige, en faisant courir, à l'égard des tiers détenteurs, qui peuvent l'invoquer en leur propre nom, le prescription *acquisitive*, du jour de la naissance, non du dernier enfant, mais du premier enfant. Cette correction n'est peut-être pas heureuse, car de deux choses l'une : ou l'article 966 est applicable ou il ne l'est pas. S'il est applicable, il doit être appliqué sans tempérament. Il est vrai que M. Demolombe se réserve d'examiner plus tard si la règle fixée par l'article 2257, que la prescription ne court pas, à l'égard d'une créance, qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive, n'est pas applicable aux tiers détenteurs tout aussi bien qu'aux parties contractantes. (Voir les n°s 808 à 819 du *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, t. III.)

M. Demolombe cite par anticipation et en préjugeant, peut-être avec un peu de hâte, la question, un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, du 4 mai 1846 (Devil. et Car., 46, 1, 482). Un arrêt du 28 janvier 1862 consacre la même doctrine (Car. et Gilb., 62, 1, 236). Un arrêt du 28 août 1860, de la chambre civile, est contraire à ces deux décisions (Car. et Gilb., 61, 1, 70).

Espérons que ce sera à l'arrêt du 28 août 1860 que se ral-

Digitized by Google

liera, dans l'intérêt du crédit, l'auteur du *Cours de Code Napoléon*.

Des biens compris dans un partage d'ascendants ont été transmis à un tiers qui n'en a pas connu l'origine. La prescription de l'article 2265 courra, pendant l'existence du partage d'ascendant donateur, au profit de ce tiers, et le garantira contre les effets de l'action en rescision pour lésion, bien que cette action ne soit pas encore ouverte. La prescription *acquisitive* ne réclame le secours de la prescription *extinctive* que pour l'affranchissement des servitudes; elle ne réclame le secours d'une prescription *acquisitive spéciale* que pour l'affranchissement du droit hypothécaire et dans l'hypothèse de l'article 2180, n° 4, § 3.

Enfin, et pour achever de préciser la portée de notre théorie, les causes de suspension de la prescription n'ont, en thèse générale, d'effet contre la prescription *acquisitive* qu'autant qu'elles procèdent du chef de ceux qui sont les représentants de l'immeuble, dont la propriété est *à prescrire*, et auxquels appartient l'action en revendication. La condition des titulaires éventuels des droits *personnels*, ou même *réels*, qui pourraient exercer de l'influence sur le sort de l'immeuble, s'il n'était pas tombé dans la possession d'un *prædo*, ou d'un possesseur avec titre et bonne foi, devient indifférente et dénuée d'importance.

C'est là, nous le reconnaissons, la partie délicate de l'opinion que nous proposons; mais la logique est ici en parfait accord avec l'intérêt du crédit et de la stabilité foncière.

Les droits éventuels ne menacent que le titre du propriétaire auquel se substitue un titre nouveau de propriété, qui est plein, absolu, tout à fait indépendant d'eux.

Au reste ma théorie, sinon dans toutes ses applications, du moins dans ses principales bases et sa formule générale, s'écarte peu de la théorie de MM. Aubry et Rau, qui ont écrit : « L'usucapion par dix à vingt ans, en consolidant la propriété, « l'affranchit de toutes les éventualités d'éviction, auxquelles « elle se trouvait soumise, à raison d'actions en nullité, en res- « cision ou en résolution, ouvertes contre la personne dont « l'acquéreur tient ses droits, et qui étaient de nature à réflé- « chir contre lui. » (T. II, sous le § 219, p. 346. — Voir aussi t. II, p. 298, sous le § 213.)

Digitized by Google

Il me resterait à mettre en regard de ces développements une explication des articles 2255 et 2256 du Code Napoléon. — A quelles prescriptions s'appliquent-ils? La distinction entre la prescription *extinctive* et la prescription *acquisitive* peut-elle être reproduite? Les difficultés auxquelles je fais allusion, et elles sont plus nombreuses que la formule de ma question ne le fait supposer, réclament une étude spéciale qui sera l'objet d'un autre article. La réunion de difficultés que des affinités logiques rapprochent, appelle la recherche de principes qui les dominent, et, à défaut d'unité de solution jurisprudentielle, si les textes y font obstacle, elle prépare l'unité si désirable de solution législative. A. BERTAULD.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence.

RÉFLEXIONS SUR L'ARRÊT DE LA COUR DE PARIS, DU 20 JUILLET 1867, ADMETTANT LA LÉGITIMATION PAR MARIAGE SUBSÉQUENT DES ENFANTS NÉS DE PARENTS OU ALLIÉS, QUI NE POUVAIENT, A L'ÉPOQUE DE LA CONCEPTION DE CES ENFANTS, SE MARIER SANS DISPENSES.

Par M. BRESSOLLES,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Toulouse.

Nous ne voudrions pas être taxé d'obstination en ne nous rendant pas aux décisions qui paraissent vouloir se multiplier en faveur de la légitimation des enfants issus d'oncles et nièces, tantes et neveux, beaux-frères et belles-sœurs, lorsque ces personnes se marient avec dispense. Après les arrêts de la Cour de cassation du 22 janvier 1867, à l'occasion desquels nous insérâmes dans la *Revue*[1] des observations critiques, mais respectueuses, voilà la Cour de Paris qui, nantie par renvoi de l'une des affaires soumises à la Cour suprême, vient d'adhérer à la doctrine que nous avions combattue, par

[1] Tome XXX, p. 193 et suiv.

Digitized by Google

un arrêt rendu, en audience solennelle, le 20 juillet dernier; or, nous ne sommes nullement converti par cette nouvelle décision, que n'ont pu prévenir les conclusions très-remarquables de M. le premier avocat général Oscar de Vallée, et ce n'est que pour compléter nos précédentes protestations, et non par un vain désir de controverse, que nous demandons la permission de soumettre au lecteur quelques réflexions au sujet de l'arrêt de Paris.

I. Nous insistons, d'abord et de plus fort, sur la nécessité de ne pas confondre les questions *d'interprétation judiciaire* et les questions *de législation* : ceci est capital à nos yeux, et nous pensons qu'il est d'autant plus nécessaire de maintenir la séparation de ces deux ordres d'idées que, si l'on n'y fait point attention, il arrivera petit à petit que, grâce à l'influence croissante des arrêts de la Cour de cassation, surtout de ceux qui sont rendus par les chambres assemblées, le principal avantage de notre codification finira par s'évanouir et il n'est pas dit que, dans cinquante ans d'ici, les jurisconsultes, dans les solutions qu'ils donneront, n'aient à se préoccuper beaucoup plus de la jurisprudence des arrêts que des dispositions textuelles des lois. Cependant nos juges ne sont pas des préteurs romains; l'article 5 du Code civil ne doit point tomber en désuétude de fait, et il faut bien que l'interprète sache à quoi s'en tenir quand on l'interroge. Si, en présence d'une loi bien positive, on a toujours à craindre que le chapitre des considérations ne l'emporte, sous le prétexte d'un intention contraire au texte, il nous faudra répondre aux citoyens qui nous feront l'honneur d'avoir quelque confiance en nous : « Voilà quelle est la loi : telle est donc la règle de votre droit; « mais nous ne vous répondons de rien; la jurisprudence est « plus souveraine que la loi; ayez un avocat qui soit assez ha- « bile pour obtenir un arrêt... » Tel est l'avenir d'arbitraire que nous voudrions conjurer pour le profit de notre science, et, sur nulle question, la confusion entre le rôle du législateur et celui de l'interprète judiciaire de la loi ne se montre avec plus de persistance que sur celle qui nous occupe. C'est pourquoi nous essayerons encore de défendre ce que nous pensons fermement être la volonté du législateur, tant qu'il n'aura pas dit en avoir changé.

II. Résumons brièvement les motifs principaux de notre

Digitized by Google

critique envers la jurisprudence de la Cour de cassation favorable à la légitimation.

Le texte de l'art. 331 du Code Napoléon, s'occupant de légitimation par *mariage*, ne peut s'entendre, en prohibant celle des *enfants incestueux*, que de ceux dont les parents peuvent un jour *se marier* entre eux, ce qui n'est applicable qu'à ceux dont une dispense rend le mariage possible, tandis que la Cour de cassation, pour prouver qu'on fait ainsi *une fausse application* de ce texte, est obligée de dire qu'il est fait pour des cas *légalement impossibles*, pour des mariages qui ne peuvent point se réaliser.

Ne pouvant échapper au texte d'une manière satisfaisante, la Cour a pensé que ce texte ne rend pas fidèlement l'intention du législateur, et que, se trouvant contraire à son esprit, il faut faire prédominer celui-ci contre celui-là; les arguments historiques, philosophiques, ou empruntés aux travaux préparatoires ont été invoqués à l'appui de cette démonstration. Or nous avons ainsi répondu à l'argument *historique*, dont la Cour suprême invoque surtout l'autorité : 1° le droit canonique n'est pas exprès comme on le dit; 2° le fût-il, cette disposition n'était pas appliquée, au moins unanimement, par la juridiction civile, aux enfants dont les parents ont *aujourd'hui* besoin de dispenses pour se marier; 3° enfin, l'ancien droit français fût-il favorable à cette légitimation, il n'en faut pas nécessairement tirer une induction dans le même sens sous le Code civil, dont la légitimation n'est pas identique à celle de l'ancien droit. Quant à l'argument *philosophique*, se résumant dans l'inconvénient qu'il doit y avoir, pour l'ordre de la famille, dans la différence de situation qui résultera de la prohibition de la légitimation entre les enfants nés *avant* et ceux nés *après* le mariage, nous avons dit que cette différence se produit en plusieurs autres cas où la loi n'a pas cru devoir l'effacer; il n'appartient pas au juge d'avoir plus de sollicitude que le législateur pour aviser aux nécessités d'ordre public que sa vigilance constate; il n'est pas exact d'ailleurs que la faculté d'accorder des dispenses ait eu pour motif de donner le moyen d'effacer des fautes antérieures, ce qui eût été un encouragement à les commettre : la sévérité de la loi est bien plus sûrement préventive que la rigueur, nécessairement arbitraire et variable, de l'administration pour

Digitized by Google

la concession des dispenses, et il est bien préférable de pourvoir à la pureté morale de l'ensemble des familles que d'en faciliter la déchéance, sous prétexte de l'intérêt plus ou moins grand que telle ou telle situation particulière peut inspirer. Enfin, nous répondions à l'allégation des *travaux préparatoires* qu'ils ne sont point favorables à la légitimation dont il s'agit, ce qui laisse au texte de l'article 331 son inévitable autorité.

III. Nous espérions que la Cour de renvoi ne se laisserait pas entraîner, et les conclusions de M. O. de Vallée nous confirmaient dans cet espoir; il n'en a pourtant pas été ainsi; mais alors nous attendions, avec une certaine impatience, qui n'altérait point d'ailleurs notre impartialité doctrinale, des motifs souverains, plus urgents encore que ceux de la Cour de cassation, et il ne nous en eût point coûté de nous laisser convaincre et d'abjurer notre erreur passée. Notre attente a été encore déçue, et nous allons nous permettre de signaler ce que les motifs de l'arrêt du 20 juillet 1867 nous paraissent avoir de défectueux; nous les empruntons au *Droit* du 28 juillet 1867.

1° Que pense d'abord la Cour de Paris de l'appui que la Cour de cassation avait demandé aux antécédents historiques de la question? Pour la Cour suprême, c'était le fondement principal de sa décision; mais la Cour de Paris ne l'entend pas ainsi, et elle semble, dès ses premiers motifs, vouloir répudier cet ordre de preuves. « Considérant, dit-elle, que, pour la solution de cette question, il est difficile d'admettre les arguments tirés de l'ancienne jurisprudence. »

C'est là une grande concession, si l'on se place au point de vue de nos adversaires, puisqu'ils avaient pris acte jusqu'ici de l'indulgence qu'ils attribuaient à l'ancienne jurisprudence et au droit canonique, pour en conclure ensuite que le Code Napoléon n'avait pas pu être plus sévère qu'eux. A nos yeux, a concession de la Cour Paris serait trop généreuse, attendu que nous continuons à penser qu'autrefois même, et à moins d'une dispense *in radice*, la légitimation n'était point admise par les canons, pas plus que par les parlements, pour les enants dont nous nous occupons, et qu'ainsi, en admettant que le Code ne soit pas plus sévère que l'ancien droit, du moins l'est-il autant, et la légitimation ne gagne rien à être appré-

Digitized by Google

ciée d'après les anciens principes. Quoi qu'il en soit, la Cour de Paris écarte l'ancien droit, et elle va nous donner le motif de son abandon de cet ordre d'arguments : c'est que, dit-elle, sous l'ancienne jurisprudence, « le droit de délivrer les dis-« penses appartenait à l'autorité ecclésiastique; que celle-ci « s'attribuait le pouvoir d'autoriser le mariage et la légitima-« tion; mais que les parlements lui contestaient la seconde par-« tie de ses prétentions... » Ce motif n'est point déterminant; car, en invoquant l'ancien droit, de part et d'autre, on n'entend pas ressuciter, dans l'ordre civil, les effets de la loi canonique et du pouvoir spirituel; mais, sur ce point comme pour un grand nombre d'autres règles de fond, en matière de mariage, on dit, avec raison, que l'ancienne jurisprudence, quoique ayant appliqué les règles canoniques, peut encore fournir des lumières pour la législation actuelle, malgré la sécularisation du mariage. Aussi préférons-nous penser que le motif réel pour lequel la Cour de Paris semble répudier l'ancien droit, c'est qu'elle ne l'a pas trouvé très-concluant au fond en faveur de sa thèse, et ce n'est pas seulement par *fin de non-recevoir* qu'il est écarté. Au surplus, malgré cette apparence, la Cour n'a pas pu être complétement de son propre avis; car, bientôt après, elle ajoute que « les discus-« sions qui ont entouré la préparation du Code ne tendent pas « à démontrer qu'on n'ait entendu donner à cette autorité (ci-« vile) un droit plus restreint que celui invoqué auparavant « par le pouvoir ecclésiastique... » En deux mots, ou l'arrêt du 20 juillet ne veut pas de l'argument historique, et alors nous n'avons pas tout le tort de l'avoir signalé comme insuffisant pour soutenir les arrêts de la Cour de cassation du 22 janvier; — ou la Cour de Paris veut encore invoquer les anciens principes, et alors nous renvoyons à nos précédentes observations sur l'exacte portée de ces principes, qui n'étaient pas aussi favorables qu'on le dit à la légitimation dont il s'agit.

L'histoire étant écartée, nous voici donc en présence de la seule loi actuelle.

2° Le texte de l'art. 331 revient toujours, en première ligne, comme un inévitable embarras, en excluant formellement de la légitimation les enfants *incestueux*, dont les parents parviennent plus tard à se marier.

Digitized by Google

Comment la Cour de Paris écarte-t-elle cet obstacle si considérable ?

Elle répète d'abord, après la Cour de Cassation, que ces mots *enfants incestueux* « ne constituent qu'une déclaration « de principes surabondante, qui ne se trouve pas ordinaire- « ment dans le texte de la loi... que c'est avec raison qu'on « n'a vu dans ces mots « *enfants incestueux* » contenus à l'ar- « ticle 331, qu'une énonciation théorique des principes posés en « l'article 335... » Jusque-là, nous ne trouvons rien de neuf et nous renvoyons à ce qui a été dit par d'autres et par nous, pour disculper le législateur de ce procédé, qui, d'après la Cour de Paris elle-même, « ne se trouve pas ordinairement « dans le texte de la loi » et qu'il aurait été bien mal inspiré d'employer ici.

Mais voici une habile réplique, tentée par l'arrêt du 20 juillet contre l'observation topique des adversaires de la légitimation, qui signalent le mot *incestueux* comme inutile, s'il ne désigne pas les enfants en question. D'après la Cour de Paris, ce mot de l'art. 331 serait également *inexplicable* dans notre système. Pourquoi cela? Nous ne copierons pas textuellement le motif de l'arrêt qui est un peu long, mais en voici le résumé fidèle : si le mot *incestueux*, dit l'arrêt, eût été destiné à désigner spécialement les enfants issus d'oncle et nièce, tante et neveu, seuls cas où le Code primitif autorisait les dispenses, le législateur l'aurait dit, et puisqu'il l'a employé sans restriction, c'est qu'il n'est qu'un énoncé général, sans s'appliquer en particulier à ce cas déterminé.

Nous ne pouvons, malgré notre bonne volonté, nous rendre à un tel raisonnement : nous accordons que si l'art. 331 eût spécialement énoncé le cas qui nous occupe, il n'y aurait aucune difficulté possible, et s'il eût prévu la controverse actuelle, il n'eût pas manqué certainement de s'en expliquer; mais faut-il conclure de ce que le mot *incestueux* n'est accompagné d'aucune restriction, qu'il doive, *malgré sa généralité*, être précisément entendu de manière à ne comprendre que les enfants pour lesquels il est légalement *impossible à appliquer*, et à *exclure* ceux auxquels seuls il peut être applicable d'une manière normale ? Il est de règle que les mots doivent toujours s'entendre *secundùm subjectam materiam*, malgré leur apparente généralité : or c'est bien le cas de se conformer à cette

Digitized by Google

règle de bon sens. Le mot *incestueux* n'est donc ni inutile ni inexplicable dans l'opinion hostile à la légitimation; il fallait nécessairement que la loi l'employât, et il ne prête à aucune équivoque pour ceux qui suivent le sens rationnel des mots. La Cour de Paris n'est donc pas heureuse en voulant retourner contre notre opinion l'argument pris du texte de l'article 331, qui demeure avec sa signification naturelle.

3° Signalons encore, dans cet arrêt du 20 juillet, une application dangereuse, et, croyons-nous, inexacte en fait, d'une règle d'interprétation, très-fondée en elle-même; « considé-« rant, dit l'arrêt, que, dans le silence du législateur, c'est à « l'exécution qu'il faut s'adresser pour connaître l'étendue de « la faculté concédée par l'article 164..... » Ceci est vrai, en théorie, pour toutes les lois, et il est certain que sur les points *non prévus par elle* (*dans le silence du législateur*, dit la Cour), la meilleure manière d'entendre la volonté de la loi est d'examiner de quelle façon les ministres de la loi, chargés de son exécution, l'ont appliquée, dès sa promulgation, avec l'assentiment de l'opinion et l'adhésion des mœurs publiques : cela est certain. Mais nous prétendons que le législateur n'avait pas ici gardé le silence, et ce ne pourrait être que par usurpation que le pouvoir exécutif aurait agi contre la volonté certaine du législateur, s'il avait entendu amener la légitimation en accordant des dispenses.

Est-ce donc ce qu'il a fait? Voici ce que dit l'arrêt du 20 juillet, et *notez bien ses paroles :* « Depuis surtout que la « disposition de l'article 164 a été étendue par la loi de 1832, « c'est PRINCIPALEMENT pour arriver à la légitimation des enfants « que les intéressés ont réclamé, que *les autorités locales ont* « *appuyé* et que LE GOUVERNEMENT A ACCORDÉ DES DISPENSES..... » Nous n'avons pas eu communication des dossiers relatifs à ces demandes; mais nous croyons bien que la Cour de Paris s'est trompée dans son affirmation à cet égard. Que les parties aient sollicité la dispense dans de semblables conjonctures c'est très-possible; que les autorités locales aient alors appuyé ces demandes, cela a pu avoir lieu aussi, dans des cas où elles l'auront jugé convenable par exception ou par une indulgence inspirée par des considérations toutes personnelles; que le gouvernement ait accordé *quelques* dispenses, malgré l'existence d'enfants issus du commerce coupable des impétrants,

Digitized by Google

la chose n'est pas *impossible;* mais nous affirmons que l'arrêt du 22 juillet se trompe quand il pose en fait que c'est PRINCIPALEMENT, en cas pareils, que le gouvernement a accordé ces dispenses, surtout depuis la loi de 1832. La date est vraiment mal choisie; car c'est précisément en 1832, et après la loi du 28 avril, que le gouvernement, dans une circulaire célèbre, recommandait à ses officiers du parquet de ne pas compter au nombre des causes graves de dispenses, l'existence d'un commerce antérieur; et ce serait sous le couvert de cette hypocrite recommandation qu'il aurait secrètement accepté comme valable ce motif qu'il condamnait ouvertement! C'est impossible. Non, les causes, normalement acceptables, des dispenses sont prises dans des raisons d'intérêt ou de sollicitude pour de jeunes enfants légitimes, issus d'un mariage antérieur, qu'un oncle ou une tante pourrait mieux protéger que des étrangers; — dans des motifs d'établissement avantageux pour toute une famille, et ce n'est pas en facilitant l'amnistie future de désordres de familles qu'on les conservera intactes.

Mais alors, dit la Cour de Paris, c'est « établir, en principe, « que les dispenses ne peuvent être accordées quand des rap- « ports antérieurs ont existé entre les réclamants..... Or cela « aurait pour résultat de limiter arbitrairement le droit établi « par l'article 164 du Code Napoléon. »

Voilà encore l'exagération d'une idée juste : ce serait, sans doute, arbitrairement limiter le pouvoir du gouvernement qu'interdire alors, d'une manière absolue, la concession des dispenses; aussi n'est-ce pas notre sentiment; il est, en effet, *tel cas exceptionnel* où la dispense peut avoir son utilité, même sa nécessité, malgré le commerce antérieur, et le gouvernement fera bien de l'accorder; mais, de grâce, ne faisons pas de l'*exception* la *règle;* ne disons pas, avec la Cour de Paris, que c'est *principalement* dans ces cas que les dispenses sont accordées. C'est l'inverse qui est vrai, et dès lors laissons ces *cas exceptionnels* se régler comme ils le pourront; il ne faut pas, dans l'intérêt de quelques rares coupables, dignes d'absolution, proclamer que la loi a voulu sciemment ouvrir à grands battants la porte des dispenses, alors qu'au contraire elles ne doivent être accordées que très-difficilement.

Donc l'argument pris de l'*exécution de la loi* ne peut ici prévaloir.

Digitized by Google

4° Soit, pourra-t-on dire : les dispenses ne devront être accordées que par exception; mais quand elles l'ont été, dit la Cour de Paris, peut-on méconnaître, soit les inconvénients résultant de la situation inégale des enfants dans la famille, soit que l'intention de la loi, en permettant d'effacer la criminalité du commerce pour les auteurs de la faute, n'a pu être d'en laisser subsister la tache pour les malheureux enfants? C'est, on le voit, la reproduction d'une double considération que nous avons déjà appréciée au sujet des arrêts de la Cour de cassation, et nous ne voulons pas revenir sur ce que nous avons dit à ce sujet. Nous ne nions pas ce que ces considérations peuvent avoir de plausible pour tempérer la rigueur de la loi, si le législateur le juge à propos; mais nous tenons toujours pour certain qu'il n'y a pas solidarité nécessaire et logique entre la dispense qui autorise le commerce *pour l'avenir* et l'absolution du *passé;* nous pensons qu'en fait d'ordre public, l'intérêt inspiré par telle ou telle famille particulière et les tiraillements possibles dans son sein à suite du mariage sans légitimation ne sont pas une raison déterminante pour se départir d'une règle morale qui tient à l'ordre général des familles et pour rendre les relations incestueuses plus faciles, en laissant entrevoir à leurs auteurs la possibilité de dispenses qui amnistieraient tout le passé. Ce n'est que par très-rare exception que des parents ou alliés doivent être dispensés; l'exception doit être d'autant plus rare, dans le détail, que la loi aura plus élargi les catégories de dispensés; elle doit l'être surtout quand il y a eu commerce antérieur : ne transformons donc point un droit si étroit en voie large et commune. D'ailleurs, nous ne saurions trop le répéter, en supposant qu'il y ait lieu d'agir ainsi dans l'avenir, cela ne prouve pas que la loi, telle qu'elle est, puisse avoir un sens différent de son sens originaire, en vertu des arrêts de justice.

5° Enfin, sans s'expliquer spécialement à cet égard, l'arrêt du 20 juillet décide, *en fait*, que la légitimation doit profiter même aux enfants, nés de beaux-frères et belles-sœurs, avant la loi de 1832, qui a permis le mariage entre eux, moyennant dispense. En effet, la Cour constate que les quatre enfants dont il s'agit sont nés en 1814, 1817, 1819 et 1828, ce qui suppose un long commerce incestueux, antérieur à 1832, et à une époque où les coupables n'avaient *aucune raison d'espérer pouvoir jà-*

Digitized by Google

mais se marier! L'exagération d'indulgence est ici évidente et elle n'est pas excusée par la considération déjà rappelée que, puisque la dispense rend le mariage possible *dans l'avenir*, elle doit tout purger *dans le passé*. Cette situation n'est pas la seule où notre législation, en ouvrant une voie pour l'avenir, laisse le passé tel qu'il est et qu'il résulte des faits accomplis : la dispense est une permission d'agir et non une amnistie : son effet est restreint comme celui de toute mesure exorbitante et ne doit pas être étendu hors de sa sphère normale. Sous l'empire de la décrétale *Tanta est vis*, les adultères ne pouvaient se marier sans dispenses, mais ils le pouvaient avec elles, quand le coupable marié devenait libre; cependant leur mariage ne légitimait pas leurs enfants nés en adultère, quoique les parents eussent pu espérer que l'obstacle à leur union n'était pas, dans l'avenir, absolument insurmontable. Eh bien! ici c'est l'inverse : les parents ont commis l'inceste pendant plus de quinze ans, sachant bien qu'ils ne pourraient pas se marier, car l'article 164 n'avait pas été modifié; ils ont persévéré dans le désordre quand même, et voilà qu'on leur accorde généralement un *bill d'indemnité*, en donnant à tous les beaux-frères et belles-sœurs un brevet d'encouragement.

Quant à l'intérêt qu'inspirent ces enfants, qui sont, suivant l'expression vulgaire, *innocents de la faute de leurs parents*, nous n'y sommes point insensible; mais nous nous souvenons alors involontairement de la loi du 12 brumaire an II, qui, sous ce prétexte, ne voyait pas de différence à établir entre les enfants légitimes et les enfants naturels; nous nous souvenons que ce ne fut que par concession que cette loi ne fut pas logique jusqu'au bout en faveur des enfants adultérins ou incestueux.

Serions-nous destinés à voir le Code Napoléon progresser à l'envers, en revenant à ces idées? *Di, talem avertite casum!*

GUSTAVE BRESSOLLES.

Digitized by Google

DE LA GÉNÉRATION DE L'IDÉE DU DROIT,

Par M. H. Thiercelin,
ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

I.

Il y a dix ans, nous exposions dans nos *Principes du droit* notre doctrine du droit individuel. Comme nous opérions, s'il est permis d'emprunter aux géomètres leur langage, sur des données de la pure raison, nous laissions momentanément à l'écart une formidable question, la grande question de l'époque, celle des dogmes civils et politiques. Nous l'avons reprise et traitée à part. Toutes les difficultés que soulève la conciliation logique de la raison et du sentiment dans l'ordre du droit, nous avons essayé de les résoudre dans notre seconde étude : *De l'autorité et de la liberté*. Nous achèverons un jour notre œuvre, en essayant de poser les principes qui doivent présider à l'organisation du pouvoir public. Cette troisième publication reprendra la doctrine du droit au point où nous l'avons laissée. Elle développera des conclusions seulement indiquées dans les deux premières. Les trois études s'expliqueront et se compléteront mutuellement.

Nous pourrions nous en tenir à ce que nous avons dit ailleurs du principe du droit. Cependant nous éprouvons le besoin de reprendre sommairement notre doctrine et de creuser plus profondément l'idée qui a été le point de départ de nos études. Le pouvoir public est subordonné au droit individuel dans toute doctrine dont le principe rationnel fait tous les frais, comme la nôtre ; et le droit, avons-nous dit contre Grotius, Hobbes, Spinoza et Kant, c'est la faculté de faire ce que le devoir prescrit, en surmontant tout obstacle suscité par une volonté étrangère [1]. Mais qu'est-ce que le devoir ? Si on le définit la pratique du bien, qu'est-ce que le bien ? D'où nous en vient l'idée ? Quelle place tient-il dans l'ordre de nos connaissances ? Où est la légitimité de la faculté qui le perçoit ? Plus les assises de l'édifice seront larges et profondes, plus l'édifice sera solide et inébran-

[1] V. nos *Principes du droit*, 2e édit., II, chap. I.

Digitized by Google

lable. On fortifie une doctrine quand on lui trouve une place dans un ensemble de connaissances plus générales. Elle n'est même véritablement forte que par cette épreuve; car la vérité est toujours conséquente avec elle-même, et l'inconséquence est la peine la plus prochaine de l'erreur. Nous ne craindrons pas de nous engager dans ces questions de haute métaphysique. Plus d'un lecteur nous en saura gré. Ceux-là mêmes dont les méditations auront devancé les nôtres nous devront peut-être un surcroît de lumière; l'esprit des autres se sera ouvert à de plus larges conceptions.

II.

Le premier objet de ma connaissance, logiquement, c'est moi, c'est mon âme. Je puis douter de tout, même de l'existence du monde extérieur, au moins méthodiquement; je ne puis pas douter que moi qui veux, sens, désire, je n'existe. Quand toute l'action de mon intelligence consisterait à douter, ce seul fait que je doute me révélerait ma propre existence. *Cogito, ergo sum,* a dit le maître de toute philosophie. Je suis un être sentant, comprenant, voulant. Cette même évidence qui a révélé à mon âme l'existence de mon âme, me révèle aussi la réalité de mes organes naturels. Donc j'existe, âme et corps, esprit et matière, intelligence servie par des organes, et comme le sceau de la vérité, par l'expérience que j'en viens de faire sur moi, ne peut être que l'évidence, l'idée claire, j'affirmerai désormais comme vraie toute idée se manifestant clairement à ma raison, soit que je connaisse la chose par intuition, soit que j'arrive à la connaître à la suite d'une ou plusieurs équations.

De la connaissance de moi-même, je m'élève à Dieu. Ici la connaissance n'a rien de cette certitude rigoureuse, mais étroite et bornée, par laquelle je me connais. Cependant puis-je douter de cette infinie puissance, qui se manifeste dans toutes ses œuvres, qui éclate dans toutes ses manifestations? Je n'ai pas une notion qui n'y conduise. De toutes les preuves de l'existence de Dieu, il n'en est pas une qui se suffise : et cependant toutes ensemble elles deviennent chacune irréfragable. J'inscris donc Dieu au premier rang des êtres et des choses accessibles à mon entendement. Je ne le comprends pas, sans doute : quelle

Digitized by Google

chose puis-je comprendre en elle-même? Je le conçois néanmoins; je le sens; je le vois dans ses œuvres; je m'élève à lui par l'intelligence, par le cœur, par toutes mes facultés.

Certain de mon existence, touché de l'idée de Dieu, en possession de la faculté de connaître, je remarque à la portée de mes organes des formes immobiles ou mouvantes. L'œil perçoit des couleurs, l'oreille des sons, le palais des saveurs. Si je touche une de ces formes, je sens une résistance. Par les sensations dont je suis affecté, ma raison conçoit des existences distinctes de la mienne. J'acquiers ainsi l'idée de choses qui ne sont pas moi, et qui ne sont pas Dieu. Je conçois des êtres comme moi, d'autres d'une nature moindre. Tout un ordre nouveau se révèle; j'entre en possession du monde extérieur. Les choses matérielles existent : c'est la troisième de mes affirmations.

Toutes ces existences n'ont pas besoin d'être prouvées. Entreprendre de les démontrer, ce serait partager la responsabilité de l'injure que les matérialistes d'un côté, les idéalistes de l'autre, et les sceptiques dans les deux camps, font par leurs doctrines au sens commun. Il n'y a jamais eu de matérialistes, d'idéalistes, encore moins de sceptiques effectifs et complets. Mais le philosophe a mission d'analyser toutes ses connaissances, pour remonter par l'analyse jusqu'à l'idée première. Ce que le sens commun connaît ou conçoit il doit l'expliquer. Philosophiquement nous aurions conclu trop tôt de l'apparence à la réalité des existences. En effet, quand j'affirme Dieu, mon âme, le monde matériel, connaissé-je bien mon âme, Dieu et le monde en eux-mêmes? Nous avons déjà dit non. Cependant il ne se peut pas que je sois le jouet d'éternelles illusions. Nous arrivons ainsi à proclamer une grande loi de l'intelligence humaine. Ce que l'observation me révèle ce sont des facultés, des attributs, des propriétés. Mais là ne s'arrête pas ma faculté de connaître. Je ne touche pas l'être, mais je l'induirai par un acte spontané de mon intelligence. Des facultés de l'âme, des attributs de Dieu, des propriétés de la matière je conclus invinciblement et par un élan irrésistible de ma nature, à l'âme, à Dieu, aux choses matérielles. Derrière les manifestations de l'existence, je conçois le support de l'existence, le *substratum* de toutes facultés, de toutes propriétés, en un mot l'être, la substance. Au delà, pour moi, il n'y a plus rien.

Digitized by Google

De la connaissance des êtres, âme, Dieu, monde, que je connais par leurs attributs et propriétés, dont j'affirme la substance par une induction irréfléchie mais forcée, force mystérieuse dont j'use sans la comprendre, je passe aux conditions d'existence des êtres. Je remarque parmi les attributs de la matière, l'étendue. De la notion de l'étendue je conclus à la notion de l'espace, d'une façon aussi invincible que des attributs et qualités j'ai conclu à la substance. Or l'espace est infini ou n'est pas. De plus ma mémoire en rapprochant le souvenir de mon existence passée du sentiment de mon existence actuelle, m'apprend que je dure. Si je dure, les choses coexistantes à moi durent aussi. De la durée j'induis le temps infini nécessairement, comme l'espace, car un temps fini et un espace fini seraient contradictoires dans les idées et dans les mots. De ces deux notions de l'espace et du temps, qui peuvent être divisées, mais qui s'acquièrent toujours indivisiblement, je déduis les conditions d'existence des êtres et des choses : tout existe, se meut ou vit dans l'infini de l'espace et dans l'éternité.

Mais quelle sera maintenant la raison d'être des êtres et des choses? Je ne me suis pas créé, et rien de ce que je vois ne s'est fait soi-même. Quand un fait se produit, un autre fait l'a fait naître. Si du fait actuel je remonte, par l'enchaînement des faits, au fait originel, j'arrive à l'idée d'une volonté éternelle, la seule qui n'ait pas à rendre compte de ses actes; car il est remarquable que je ne puis m'engager dans une voie quelconque de l'infini sans aboutir à un attribut infini, dont la pensée suscite virtuellement l'idée de Dieu. J'acquiers ainsi l'idée de cause, raison d'être de tout ce que je connais, hormis Dieu lui-même, cause universelle. L'idée de cause, c'est-à-dire d'une force agissante, produisant des effets, souvent causes eux-mêmes d'autres effets, ne me vient pas du raisonnement ni de l'expérience; elle naît spontanément, au spectacle de la succession des faits. J'induis la cause, comme j'induis la substance, l'espace et le temps. — Mais, en même temps que je conçois l'idée de cause, je conçois l'idée de fin comme corrélation. La première contient la seconde nécessairement; les deux notions sont absolument indivisibles[1].

[1] Ceux qui se sont livrés à l'étude de la métaphysique connaissent l'opinion de Hume, selon laquelle il y aurait seulement concours et non con-

Digitized by Google

J'ai donc l'idée des êtres et des choses, de leurs qualités et attributs, de la condition de leur existence dans l'espace et le temps, de leur raison d'être par l'idée de cause; mais il me reste à acquérir une dernière classe d'idées, celle des rapports qu'il peut y avoir entre ces êtres et ces choses, ou dans le même être entre sa nature et sa fin. Quand l'idée d'une chose et l'idée d'une autre chose se présentent à mon esprit, la simultanéité de ces deux idées en fait naître une troisième, une idée de relation, de rapport, qui ne procède pas de ces objets, mais de la faculté que j'ai de penser, bien que cette idée de rapport naisse de la connaissance de quelqu'un des attributs des objets que je considère. Ainsi l'idée de l'affinité entre certaines substances est une idée de rapport entre elles. Il en faut dire autant de l'instinct de la conservation et de la procréation chez l'animal, lequel instinct, considéré dans son objet, est un rapport de la nature de l'animal à sa fin. Les idées du beau et du bien sont aussi, comme nous le verrons, des idées de rapport. A ce point les rapports peuvent indifféremment s'appeler des lois; la procréation sera une loi de la nature animale, le bien une loi de la nature humaine en action; et la fameuse définition de Montesquieu, que « les lois, dans l'acception la plus générale, sont les rapports dérivant de la nature des choses » reste, malgré les critiques, très-vraie et très philosophique; seulement pour la comprendre, il faut s'élever à la conception vraie et philosophique de l'idée de relation.

Toutes les sciences physiques, naturelles ont pour objet l'étude des propriétés de la matière, des facultés ou qualités des êtres, pour arriver à la connaissance des rapports ou lois naturelles, but suprême de leurs efforts. Les sciences philosophiques étudient les facultés de l'homme pour connaître les rapports de sa nature à sa fin, autrement dit les lois de son être moral. On comprend que nous restreignions notre rapide exa-

nexion entre ce que nous appelons cause et effet. Nous professons avec Royer-Collard que le principe de causalité est primitif. Mais nous croyons bon de mentionner ici une troisième opinion, celle des géomètres, qui démontrent le principe de causalité par le calcul. Poisson a fait voir que l'existence d'une cause capable de produire nécessairement un phénomène est certaine quand le phénomène s'est produit très-souvent, et peut avoir une très-grande probabilité, susceptible d'être chiffrée, quoiqu'il n'ait été observé qu'un petit nombre de fois.

Digitized by Google

men philosophique aux rapports moraux. Nous essayerons seulement, pour l'objet que nous avons en vue, de préciser l'idée du beau, avant d'arriver à l'idée du bien, et pour la faire mieux comprendre.

Qu'est-ce que le beau? Il ne peut s'agir ici du beau dans les arts, c'est-à-dire du beau d'imitation, que l'artiste produit, en reproduisant les objets naturels idéalisés, mais seulement du beau original, naturel, dont le contraire est le laid. Or le beau dans la nature ne peut être conçu que comme un rapport entre la forme visible de l'être et la force cachée et insaisissable qui le constitue. Quand je considère un être vivant, animal ou plante, et que je prononce qu'il est beau, mon affirmation renferme un jugement de rapport, à savoir que cet être vivant est conformé extérieurement selon les exigences de sa nature intime; qu'il est fait en apparence pour vivre et se développer conformément à la force qui le fait être. La beauté est ainsi la manifestation large et libre de la vie. Cela est si vrai qu'un corps inorganisé ne peut être ni beau ni laid, mais tout au plus réveiller un souvenir de beauté ou de laideur, par l'analogie de sa forme avec celle de quelque objet animé. Cependant ce que je juge beau est tel par le sentiment que j'en ai. Le jugement que je porte alors est un fait primitif; il ne se raisonne pas, quoique une intuition vraie du beau renferme toujours un sentiment de rapport. Merveilleuse puissance du sentiment esthétique! Quand le spectacle de la beauté m'arrache une exclamation irréfléchie, un cri d'admiration, il se trouve que j'ai prononcé sur un rapport naturel, avec plus de sûreté que n'en procurera jamais le raisonnement le plus rigoureux.

Le bien est comme le beau un rapport. L'idée m'en vient d'elle-même, quand je considère simultanément l'homme agissant et la fin de l'homme. Quand je prononce sur la justice d'un acte moral, que fais-je autre chose qu'affirmer la convenance ou la disconvenance de l'acte avec la fin que doit se proposer l'agent? L'idée de justice implique de nécessité la liberté de l'être agissant. Pour l'être privé de liberté, il n'y a ni justice ni injustice, mais seulement des nécessités de nature. Le tigre qui déchire sa proie obéit à une loi naturelle, aussi bien que la gazelle qui se défend. L'un et l'autre font bien; ils ne sauraient mal faire.—Il y a donc deux sortes de rapports ou lois, les uns obligés, les autres obligatoires. Hormis

Digitized by Google

les actions de l'homme, tout ce qui se produit dans la nature est commandé, fatal. L'être intelligent et libre a seul des lois imposées qu'il peut enfreindre. C'est la plus terrible marque de la supériorité de sa nature, qu'entre toutes les forces naturelles, entre tous les êtres de la création, quand tout ce qui l'entoure se meut et agit aveuglément, l'homme seul, avec la conscience de son être, la connaissance des rapports et des choses, le sentiment de la responsabilité de ses actes, libre de vouloir ou de ne vouloir pas, puisse s'élever à l'idée de son créateur et désobéir.

Le bien étant un rapport, il s'ensuit que l'idée du bien ne correspond à rien de réel, d'existant en soi, soit en nous, soit hors de nous. Quand j'ai conçu l'idée du bien, il n'est plus rien au-dessus que je puisse rechercher. Un rapport qui serait un être, je ne le comprends pas. Au delà de l'idée de rapport de ma nature à une fin que je conçois en concevant le bien, je ne concevrai jamais une substance. L'idée du bien n'a pas non plus d'archétype, de forme première, comme le croyait Platon. La connaissance que j'en ai n'est point une réminiscence d'une existence antérieure; c'est une conception de mon intelligence, procédant de la faculté que j'ai de penser. Je le conçois comme une loi de ma nature; j'y conforme mes actions. L'observation de cette loi est la condition de l'ordre moral. Ainsi, par un mystérieux rapport senti avant d'être compris, l'individu, en se conformant à la loi de sa nature morale, satisfait à la plus haute des conditions de l'ordre universel, sans avoir à la chercher et presque toujours sans la connaître. — Maintenant, par quelle faculté de mon âme concevé-je l'idée du bien? C'est ce que nous devons rechercher avec quelques détails.

III.

Il nous faut faire ici, au risque de quelques redites, un retour sur des questions que nous venons de parcourir; car on ne saurait préciser avec trop de soin la place de l'idée du bien dans l'ordre des connaissances humaines, pour arriver à une idée vraie du droit. Les idées que je puis concevoir sont de quatre sortes, comme nous l'avons vu. J'ai d'abord des idées d'existences et de qualités. Je ne puis séparer les existences et les qualités, parce que de quelque être ou chose qu'il s'a-

Digitized by Google

gisse, moi, Dieu, monde, si je n'aperçois jamais que des qualités, je n'induis pas moins virtuellement l'être, la substance, si bien, que si je ne veux considérer que des qualités, je me retiens, j'abstrais, tant l'induction de la substance est en quelque sorte forcée.— Les idées de la seconde classe sont les idées de condition d'existence des êtres et des choses, le temps et l'espace.— L'idée de la raison de l'être, la causalité, qui implique avec soi la fin, est seule dans la troisième classe. — Nous plaçons dans la quatrième les idées de rapport, qui font l'objet de presque toutes les sciences humaines, et parmi lesquelles nous notons seulement le bien, parce que la science du bien comprend sous deux aspects la morale et le droit.

Ces quatre espèces paraissent comprendre toutes les idées possibles, la matière complète des connaissances sur lesquelles opère la pensée. Comparez, nombrez, analysez; dans un autre ordre, induisez, déduisez, combinez, imaginez, vous n'opérerez jamais que sur des qualités ou des existences, sur des idées de condition d'existence, de raison d'être, ou de rapport de la nature de ceux que nous avons dits.

La faculté d'abstraire et de généraliser n'ajoute rien aux idées que j'ai acquises. Abstraire et généraliser ne sont que des manières d'envisager ce que je sais. Une idée abstraite est une idée isolée de toute autre idée voisine. Quand je conçois abstraitement l'idée d'étendue, de couleur, de nombre, de beauté, de justice, etc., je ne fais rien que séparer l'idée de tel ou tel objet, auquel elle peut convenir. De même, la généralisation n'augmente pas la somme de mes idées acquises; car l'idée générale n'est que l'idée abstraite augmentée de l'idée de pluralité. Généraliser n'est rien autre chose que déclarer communs à plusieurs êtres ou à plusieurs choses tel attribut ou telle qualité que l'on a d'abord reconnus dans l'un d'eux. Quand je dis : les hommes sont vicieux, ma connaissance générale des hommes d'abord n'est pas plus ample que celle que j'avais de tel homme; et si je juge, par une seconde généralisation, qu'ils sont enclins au vice, je ne fais qu'étendre à une généralité la connaissance d'un penchant qui, n'eût-il appartenu qu'à un seul, n'eût pas éveillé en moi une idée moins complète.

J'ai donc quatre sortes d'idées. J'ai trois manières de connaître. Je connais par la raison seule, par la raison observant

Digitized by Google

l'âme, autrement dit par la conscience, et enfin par la raison aidée des organes corporels.

L'idée de Dieu et les idées de temps, d'espace, de cause, de rapport se conçoivent par la pure raison. Les idées des facultés de mon âme viennent de l'étonnante faculté que j'ai de me considérer par la conscience; enfin, l'idée du monde extérieur me vient par l'intermédiaire des sens : je conçois des idées sensibles, quand, après une sensation éprouvée, j'affirme telle qualité et tout aussitôt l'existence de tel être ou de telle chose, cause de la sensation que j'ai ressentie.

Nous pouvons reprendre, après cette récapitulation, notre question : par quelle faculté concevé-je l'idée du bien? Je puis la concevoir de deux manières, par la raison seule ou par la raison aidée du sentiment. Comme rapport, l'idée du bien n'est jamais perçue que par la raison; mais quand je prononce, selon le mode le plus prochain, que telle détermination (car la détermination seule donne à l'acte sa moralité) est conforme à l'idée du bien, la raison n'agit pas sans auxiliaire. Sans doute, si, après avoir acquis la certitude que le bien est un rapport, j'étudiais le rapport de ma nature à ma fin, je pourrais réussir à poser quelques règles morales des actions humaines, par la seule force du raisonnement. Les scolastiques l'ont fait. Mais pour cela, quel immense travail et quels résultats douteux! J'arriverais, peut-être, à une casuistique froide, sans autorité ni force, à une morale de géomètre ou de caissier, beaucoup trop savante pour être pratique, surtout incomplète et pénible. Combien je prononce plus sûrement quand j'écoute la voix du cœur et de la raison!

Nous disons le cœur et la raison, parce que, en effet, pour connaître l'action la plus directe et la plus sûre de la raison dans la conception de l'idée du bien, il faut étudier, en même temps que la raison, le sentiment. L'âme humaine est douée de trois grandes facultés : je sens, je comprends et je veux. Toutes les philosophies ont distingué la raison et le sentiment, l'esprit et le cœur. Or, quand j'ai à juger une détermination morale, de moi ou de mon semblable, mon jugement est précédé d'une émotion morale dont je ne puis rien dire, mais sur laquelle la raison prononce. Ma raison juge donc du bien sur le sentiment que j'éprouve. Mon cœur se dilate au spectacle d'un acte d'abnégation ou de dévouement; il se resserre,

Digitized by Google

au contraire, à l'idée d'une action égoïste ou basse. — Pourquoi? Je l'ignore; mais je sais que cette émotion de l'âme est la matière du jugement que je vais porter. Supprimez-la, et la raison se trouvera dans la situation d'un juge à qui l'on refuserait les pièces du procès à juger.

L'émotion morale est tellement liée au jugement à porter sur les actes moraux que l'on a vu toute une école de philosophie, l'école écossaise, placer la raison du bien et du mal, par un excès dangereux, dans le dictat du sentiment. — Le bien, dit Adam Smith, est ce qui détermine en nous un mouvement sympathique.

Mais le concours de la faculté de sentir dans la production du jugement de rapport qui s'appelle le bien, autorisait-il à placer la faculté de juger dans le sentiment? Le sentiment ne juge pas; s'il jugeait, que de jugements divers! Car l'intensité du sentiment varie chez tous les hommes, et chez le même homme est différent, selon le moment et le lieu où l'impression se produit.

Des philosophes comme Rousseau, qui ne sont pas descendus dans les profondeurs de l'analyse psychologique, soit qu'ils admettent l'existence d'une faculté particulière, soit qu'ils réunissent la raison et le sentiment dans une action commune, ne voient dans le jugement moral qu'un fait unique. La philosophie courante paraît être avec eux quand elle parle de la voix et de l'autorité de la conscience.

Il n'y a sans doute nul inconvénient à parler ainsi; cependant il faut s'entendre. Il ne faudrait pas créer une faculté imaginaire pour un fait facile à expliquer en le décomposant, et qui en met deux bien réelles en action. Or n'est-ce pas ce que font les philosophes parlant d'une faculté distincte qu'ils appellent conscience morale? Je connais la conscience comme puissance de m'observer, comme exercice de ma raison passant à l'examen mes autres facultés et elle-même. Je la nie absolument comme faculté particulière prononçant sur la moralité des actes humains.

Ainsi, deux faits très-distincts concourent à la production du jugement moral : le cœur s'émeut, l'esprit juge. L'émotion morale est ainsi l'occasion du jugement du bien. Et, par un secret que l'esprit humain doit sans doute renoncer à pénétrer jamais, en affirmant spontanément tel devoir, il se trouve

Digitized by Google

avoir en même temps prononcé sur une loi de son être. Comment se produit l'émotion morale? Où la raison trouve-t-elle la mesure de son jugement? D'où lui vient cette connaissance soudaine, irréfléchie, cette intuition du bien? Comment arrivé-je à proclamer un rapport sans l'avoir cherché? Je l'ignorerai toujours. Mais la philosophie n'a jamais prétendu tout expliquer. Son domaine se termine où l'analyse finit. Au delà ce sont des faits simples, irréductibles dont il faut renoncer à donner la raison, parce qu'une explication en requerrait une autre et toujours ainsi, et parce que d'ailleurs nulle explication ne les égalerait en clarté.

Est-ce en présence d'un de ces faits irréductibles, que ma raison se trouve au souvenir de l'acclamation que m'a arrachée à tel moment le sentiment du bien? Qui pourrait y contredire? Puis-je concevoir quelque chose au delà? Souffré-je même de ne pouvoir expliquer ce mouvement de mon être moral? Arrivée à la conception de l'idée du bien, la raison humaine n'a rien à demander; il lui faut absolument ou résister ou se rendre. Or elle n'a jamais résisté et s'est toujours rendue. D'ailleurs si je doutais encore, le raisonnement, c'est-à-dire la science, par un accord étonnant justifierait l'acquiescement spontané de ma raison; car j'arrive encore à l'idée du bien par la froide sagesse, par le raisonnement, par la comparaison de ma nature à ma fin.

L'idée du bien étant un rapport de l'être moral à sa fin, et la diversité des actes que je puis accomplir et auxquels j'ai à appliquer la mesure d'un jugement moral ou de rapport étant infinie, il s'ensuit que j'ai autant d'intuitions du bien que de jugements moraux à porter. La charité, la continence, la probité, le respect de la foi donnée sont vertus au même titre. Quel est leur lien? Je l'ignore. Pourrais-je ramener toutes ces idées de rapport à une idée unique? Ce serait remettre en place les idées archétypes de Platon. Mais il est trop évident que entre les actes si divers que l'être moral peut accomplir, il ne saurait y avoir de commun que le mode affirmatif ou négatif du jugement de rapport dont ils seront l'objet. Telle action est juste ou injuste, je ne sais rien de plus. Quelle communauté entre la continence de Scipion et l'héroïsme de Régulus mourant pour sauver sa patrie et ne pas violer son ser-

Digitized by Google

ment? Nulle autre que l'égale convenance de l'acte avec la fin d'être des deux héros.

Ainsi s'accomplit par une volonté dont nos yeux ne perceront jamais le mystère, le grand œuvre de l'ordre universel. Tous, ignorants et savants, nous y concourrons avec une sûreté égale si nous avons la franchise du cœur. Quant à ce merveilleux accord du jugement spontané et du jugement réfléchi de l'idée du bien, il faut renoncer à le pénétrer. En faisant le bien j'obéis à ma loi. J'accomplis ma partie dans l'immense concert des êtres. Je la fais sans le savoir, sans m'en enquérir. J'ai l'intuition du bien avant de comprendre que la pratique du bien répond à une fin marquée dans les décrets de Dieu ; le sentiment devance la science. Mais la science au moins ne sera pas inutile. Quand elle m'aura montré la parfaite identité des principes de l'ordre universel avec le sentiment du bien tel que je l'éprouve, elle aura enraciné plus profondément l'amour du bien dans mon âme.

IV.

Nous abordons maintenant une nouvelle question que nous n'avons pu plusieurs fois nous empêcher de préjuger dans les lignes qui précèdent. Le bien est-il obligatoire? Suis-je moralement tenu de concourir à cette fin de l'ordre universel? Ou plutôt, la philosophie ayant moins pour but de prouver les idées certaines que de les expliquer, comment la pratique du bien m'est-elle imposée comme obligation morale?

L'idée du bien se peut comprendre sans l'idée du devoir. Supposez le bien, ce rapport de la nature de l'être moral à sa fin, toujours conforme à l'intérêt, et l'intérêt toujours immédiat et bien compris, sans que l'éclat des passions en vienne jamais troubler les calculs : dans ces conditions, l'homme ferait le bien sans efforts et sans luttes, comme l'animal obéit aux impulsions de son instinct; à cette seule différence près, que l'acte instinctif est de sa nature inconscient, et que le bien, dans cette supposition, ne cesserait pas d'être un acte réfléchi. Mais dans la vie de chaque jour quelles luttes continuelles du bien et de l'intérêt ! Quelles complications du choc et de l'entrechoc des passions! Tous les moralistes y ont usé leurs lieux communs. L'idée du devoir naît de la possibilité, de la tenta-

Digitized by Google

tion pour l'homme de manquer à sa fin. Elle ne convient qu'à l'être libre. Le grand ordonnateur des êtres et des choses, qui a établi pour tous, êtres et choses, des lois inéluctables, a excepté l'homme. C'est parce que je puis faillir à la loi du bien que l'obligation morale de ne pas faillir, le devoir m'est imposé.

Pour m'expliquer comment la pratique du bien est pour moi obligatoire, je n'ai qu'à me rappeler que le bien est un rapport, c'est-dire une loi. Or, une loi ne pouvant se concevoir que pour une fin, il y aurait contradiction qu'aucune obligation ne ressortît de la fin de l'être libre, quand toutes les autres fins sont marquées dans les décrets providentiels. La loi ne serait plus loi. Quand notre intelligence a constaté un rapport, elle affirme aussitôt que ce qui détruirait ce rapport est une anomalie. Qui pensera jamais que la connaissance de la loi du bien ait été donnée à l'homme pour qu'il lui fût loisible de la méconnaître? La conformation des actes de l'être libre aux lois de sa nature est obligatoire, au même titre qu'elle est obligée chez les êtres sans intelligence ni liberté. L'ordre universel par l'observation des lois naturelles, voilà la règle: l'homme n'a qu'un privilége qu'il tient de sa liberté, celui de la violer.

L'ordre étant la règle, la question est donc moins de savoir si l'homme doit s'y conformer, que s'il peut l'enfreindre. Ainsi posée elle est résolue; car l'obligation découle forcément de l'idée de règle. Rétablissons donc la question dans ses termes vrais. Conservons à l'être libre sa noblesse native. L'homme qui manque à la loi du bien faillit, déchoit, ce que toutes les langues qualifient admirablement par le mot *faute*. Collaborateur élu de Dieu, par une insigne faveur, dans le grand concert de l'harmonie générale, il déserte alors sa tâche. Il ne lui était pas loisible de dire : Que m'importe? Il avait reçu son brevet en naissant, et ne pouvait fuir. L'obligation morale du bien n'est pas une force qui l'élève ; c'est un lien qui le maintient attaché à son poste, et qu'il ne peut rompre sans tomber du degré qui lui fut assigné.

L'idée du bien est une conception de mon intelligence; le devoir est un dictat de ma raison. Pour le connaître il n'est besoin, grand merci, d'être savant ni philosophe. Il n'y a pas à le démontrer; mais il sera souvent utile de l'expliquer. Or la raison nous montre le bien comme condition de l'ordre

Digitized by Google

et le devoir comme une force morale qui m'y attache. L'idée du bien ne suppose strictement que l'intelligence; l'idée du devoir suppose l'intelligence et, de plus, la liberté.

De l'idée du devoir découle immédiatement l'idée du droit. Si je suis tenu d'accomplir tel devoir, je puis écarter par la force tout obstacle à l'accomplissement de ce devoir; et si l'obstacle provient d'une volonté contraire, je puis soumettre cette volonté. Voilà le droit. Toute autre conception serait fausse, incomplète ou contradictoire. Si j'étais seul au monde, l'idée du droit ne saurait me venir. Pour que j'aie le sentiment de mon droit, il faut que je rencontre mon semblable me barrant la route que je dois tenir.

Le droit et le devoir se diversifient à l'infini dans la vie de tous les jours. Après l'idée générale du devoir vient l'idée particulière des devoirs, où le principe est toujours identique. De même, après le droit, viennent les droits; car à chaque devoir correspond un droit : la liberté individuelle, la liberté de l'enseignement et de la presse, le droit d'acquérir, etc., sont des devoirs continués. Je n'ai le droit de me défendre contre une agression injuste que parce que j'ai le devoir de maintenir ma personne libre pour faire le bien. Le droit d'acquérir et de conserver les objets nécessaires à l'existence ne découle que de mon devoir de vivre.

Mais le droit ne s'arrête pas à l'exercice de ces facultés que je tiens de ma nature. Si j'ai usé de la faculté d'acquérir, c'est pour conserver ce que j'ai acquis. Le droit de propriété naît du droit ou faculté d'appropriation. Je puis aussi, selon les exigences de telle ou telle situation où je me trouve, permuter sur mes facultés, en restreindre une volontairement pour obtenir l'extension d'une autre. Ainsi naît le droit des obligations; car l'obligation que je contracte envers mon semblable n'est autre chose que l'aliénation de partie de ma volonté, de mon arbitre, en échange ordinairement de partie de sa volonté, de son arbitre, qu'il aura aliénée à mon profit. Nous trouvons là le principe de deux distinctions lumineuses entre toutes : tout droit est naturel ou acquis, et tout droit acquis est personnel ou réel.

Ou nous nous trompons fort, ou cette doctrine du droit philosophique porte avec elle sa propre démonstration. Dans le tableau que nous venons de tracer, tout concorde sans

Digitized by Google

effort, sans attentat au sens commun. Les principes de la mitoyenneté des clôtures ou de la validité des baux à ferme trouveront ainsi leur place naturelle dans l'ensemble d'une doctrine qui embrasse Dieu, l'homme et la nature. Or, quand une doctrine se soutient par la régularité de son ensemble, sa preuve est faite; elle porte virtuellement avec elle la démonstration de chacune de ses parties.

La matière du droit a été amplement traitée dans nos *Principes du droit*. Nous observerons seulement ici que le droit c'est l'indépendance individuelle, et que l'idée du droit emporte virtuellement exclusion de toute autorité privée ou publique, capable d'anticiper sur le droit de l'individu. Quel titre une pareille autorité pourrait-elle invoquer? La vérité ne se dément pas; comme la nature, elle *consonne* toujours à elle-même. Si le droit est une vérité morale, il reste vrai devant le pouvoir public, comme il l'est d'homme à homme. Le droit de résister à toutes exigences tyranniques en découle. Pour reconnaître au pouvoir public un droit contre le droit, il faudrait détruire tout cet enchaînement de principes et de conséquences que nous venons de suivre dans notre course rapide. Nous n'avançons rien de trop en affirmant que la souveraineté, c'est-à-dire l'irresponsabilité plus ou moins absolue du pouvoir public dans ses actes, étant la négation du droit, est une négation de l'ordre universel; car un rapport méconnu est une loi de l'ordre général méconnue. Qu'on le dise ou le taise, qu'on le sache ou l'ignore, on attente à l'ordre vrai en édifiant une souveraineté. On trouble alors ces rapports nécessaires naissant de la nature des choses, où Montesquieu voyait des lois, rien que des lois.

Nous avons dit que le devoir est un dictat de la raison; le droit n'étant que le devoir continué sera un dictat de la raison au même titre. Tout ce que l'on pourra philosophiquement penser du devoir, on le devra penser du droit. Ainsi le devoir est obligatoire; le droit l'est également, en ce sens qu'il n'est pas permis à l'homme de laisser mépriser le droit dans sa personne. S'il est des situations, louées par la morale évangélique, où l'homme fait mieux de ne pas poursuivre l'exercice de son droit, c'est qu'en délaissant tel droit, tel devoir, il accomplit un devoir plus saint, et use d'un droit d'une nature plus haute. Je puis renoncer à revendiquer en justice

Digitized by Google

mon manteau dérobé, en laissant prévaloir en moi le sentiment plus élevé de la charité.

Mais le devoir le plus haut crée un droit nécessaire. Mon droit naturel est imprescriptible comme la conscience. Je ne puis le délaisser. Il est, selon une locution populaire, plus qu'un droit, il est un devoir, ce qui revient à dire qu'il a sa source dans un devoir au-dessus duquel nul autre devoir ne prévaut.

V.

Arrivé au terme de cet exposé sommaire des plus hautes questions auxquelles l'homme puisse toucher, si aucun doute ne nous reste sur la vérité de nos principes et la valeur de nos déductions, nous n'éprouvons pas moins le désir de les fortifier par une dernière considération sur la réalité de nos connaissances. Puis-je douter de la réalité de ces idées d'âme, de bien, de devoir, de droit, ou bien toute la philosophie ne serait-elle qu'une succession de songes d'un cerveau malade? Évidemment la question ne peut s'élever à propos des idées de l'ordre moral seulement. Elle est générale et touche à l'ordre entier des connaissances humaines. On ne peut la résoudre que par le sens commun. Or le sens commun croit invinciblement aux idées morales et au monde extérieur.

La vérité est à portée de la raison de l'homme, pourvu qu'une science ambitieuse et folle n'entreprenne pas de l'aller chercher au delà des régions du véritable sens commun; ce n'est pas trop de demander à la raison de ne point aller contre elle-même. Or le doute universel, c'est-à-dire la suspension prolongée du jugement en toutes choses, n'aura jamais de défenseurs convaincus et constants. Le matérialisme, la négation de l'esprit, est condamné à se démentir à chaque acte et à chaque mot. On ne professera jamais l'idéalisme sous le coup d'une avalanche. Que me faut-il de plus pour condamner sans appel le scepticisme, le matérialisme et la folie idéaliste? La foi du genre humain est donc en sûreté. Le philosophe n'a pas à la défendre, mais seulement à l'expliquer. Qu'il y ait des limites à ces explications, et qu'arrivée au terme l'âme humaine, raison ou sentiment, peut-être raison et sentiment à la fois, ne puisse franchir l'intervalle de la certitude à la vérité que par

Digitized by Google

un bond où elle perd la conscience d'elle-même, nul ne doit souffrir de le reconnaître. Mais la réalité de l'objet de ma foi n'est pas pour cela en question. Je ne doute pas que mes facultés ne soient disposées pour la connaissance de la vérité quand j'affirme mon âme, Dieu, le monde extérieur. Le doute kantien, le criticisme ne sera jamais qu'un exercice d'école.

Descartes, on le sait de reste, prouvait l'âme et Dieu par l'idée que nous en avons; mais pour croire à l'existence du monde matériel il lui fallait une raison de plus, la véracité divine. Pourquoi cette surérogation? Est-ce à dire que je pourrais connaître l'âme et Dieu, alors même que Dieu voudrait me tromper? Si la véracité divine est nécessaire pour justifier mes perceptions externes, je ne puis m'en passer pour la connaissance de moi-même; et si je puis me connaître sans une assistance particulière de Dieu, nulle autre connaissance ne la requiert davantage. Le principe de la véracité divine se confond avec celui de l'autorité de toutes mes facultés. L'adhésion irrésistible que je donne aux vérités premières et l'adhésion réfléchie que j'accorde aux vérités démontrées contiennent, au même degré et confondues, l'une et l'autre.

Nous nous arrêtons. Ces considérations sur le droit sont-elles opportunes? Oui. Il est toujours opportun de travailler à la consolidation de l'ordre. Or l'ordre, c'est la justice, c'est le droit. Il peut y avoir désordre social au milieu de la plus tranquille paix. Sans doute l'anarchie laisse apparaître le désordre, mais quelquefois aussi le silence dans la rue ne fait que le couvrir. Travaillons sans relâche à l'avénement du bien. Tout homme, selon ses facultés, se doit au grand œuvre. Personnellement nous serions plus heureux d'avoir contribué au progrès d'une idée vraie qu'à cinquante ans d'assoupissement; car penser c'est vivre, et le temps du sommeil ne compte pas plus dans la vie des nations que dans celle des individus.

H. THIERCELIN.

Digitized by Google

L'ENQUÊTE SUR L'INTÉRÊT DE L'ARGENT.

Déposition de M. Wolowski,
membre de l'Institut, professeur d'économie politique
et de législation industrielle au conservatoire des Arts et Métiers.

L'enquête sur l'intérêt de l'argent, présidée par M. de Parieu, vice-président du Conseil d'État, est terminée depuis longtemps; elle forme deux volumes considérables : le premier renferme les résultats de l'enquête orale, et le second ceux de l'enquête écrite ; mais la distribution n'en pas encore été faite; on attend pour cela que le Conseil d'État ait statué. Un résumé, qui émane d'une plume autorisée, fait ainsi connaître l'ensemble des idées émises.

Six opinions partagent les 150 témoins qui ont émis leur avis dans cette enquête.

La première de ces opinions tendrait à conserver intacte la législation sur l'intérêt de l'argent en matière civile et en matière commerciale, et à laisser subsister intactes toutes les sanctions civiles et pénales prononcées par les lois de 1807 et de 1850 en cette matière.

Une seconde opinion tendrait à élever le maximum d'intérêt autorisé par la loi de 1807, et à ne considérer comme illégales que les stipulations d'intérêt qui excéderaient, par exemple, 6 p. 100 en matière civile, et 7 p. 100 en matière commerciale.

Une troisième opinion, considérant qu'une loi de 1857 a autorisé la Banque de France à dépasser pour le taux de ses escomptes, et d'une manière indéfinie, la limite d'intérêt consacrée par la loi de 1807, a proposé de donner aux particuliers la liberté d'imiter les stipulations de la Banque dans les époques exceptionnelles où cet établissement de crédit exige pour ses escomptes un intérêt supérieur à celui qui est permis par la loi de 1807.

Ces trois opinions, et les deux premières surtout, n'ont réuni qu'un très-petit nombre de partisans.

Trois autres opinions ont paru se présenter dans les résul-

Digitized by Google

tats de l'enquête avec des chances plus considérables de fixer l'approbation des pouvoirs publics.

L'une d'elles, qui est surtout recommandée, par divers magistrats et par la majorité des chambres de notaires, consisterait à conserver intacte la législation actuelle relative aux stipulations d'intérêt en matière civile, et à affranchir au contraire de toute limite d'intérêt les stipulations en matière commerciale.

Une autre opinion, qui a son principal point d'appui dans l'avis de la majorité des chambres de commerce, et dans celui de plusieurs économistes, voudrait voir disparaître toute limite de l'intérêt conventionnel en toute matière, suivant ce qui a été établi dans les dix dernières années et à des époques successives dans la Grande-Bretagne, l'Espagne, les Pays-Bas et le Piémont.

Enfin, une dernière opinion, partagée par quelques publicistes et par quelques magistrats, ainsi que par un vote rendu il y a quelques années par la chambre des représentants belges, reconnaîtrait l'impossibilité de définir l'usure par le simple excès d'un maximum d'intérêt rigoureusement déterminé, et proposerait le maintien de certaines répressions dans des cas où, à des stipulations excédant le taux de l'intérêt légal, se joindraient des circonstances établissant que le prêteur a abusé de l'ignorance, des passions ou de la détresse de l'emprunteur, avec telle ou telle variété dans les derniers mots de cette formule.

Notre collaborateur, M. Wolowski, s'est prononcé dans ce sens ; l'importance du problème, envisagé de cette manière, nous engage à publier sa déposition, telle qu'elle a été recueillie par la sténographie.

M. le Président. Vous connaissez, Monsieur, le questionnaire. Nous sommes prêts à vous entendre sur celles des questions qu'il contient, que vous croirez devoir traiter.

M. Wolowski. Je ne voudrais pas, Messieurs, comme l'enquête est déjà avancée, revenir trop sur les questions qui, probablement, ont été à plusieurs reprises discutées devant vous ; je prierais M. le Président de m'interrompre si j'abordais des points suffisamment éclaircis. Je me bornerai à émettre quel-

Digitized by Google

ques idées que j'ai essayé de mûrir sur cette grave matière.

Comme économiste, je n'aime guère les formules radicales, abstraites, alors qu'il s'agit d'une application directe du droit aux intérêts multiples de la société. La formule peut être commode ; elle n'est pas toujours efficace, elle ne tient pas suffisamment compte du milieu dans lequel les lois sont appelées à opérer. On aboutit ainsi aux doctrines exclusives, avec leur intolérance.

Je n'ai jamais été grand partisan d'une économie politique idéale, qui s'arracherait en quelque sorte du milieu des sociétés dans lesquelles nous vivons et qui ne tiendrait compte ni des mœurs, ni de l'espace, ni du temps, et surtout je n'ai jamais compris que l'économie politique se séparât des idées morales. Je la regarde, au contraire, dans les doctrines diverses qu'elle essaye de mettre en lumière, comme une des branches essentielles de la morale, et pour ma part je ne voudrais jamais ni enseigner, ni essayer de faire appliquer une doctrine qui n'eût pas pour elle la sanction de la loi morale.

Ces observations préliminaires ne vous paraîtront sans doute pas superflues dans une matière où trop souvent on se borne à émettre des principes absolus, sur lesquels je reviendrai tout à l'heure, et dont je ne serais le partisan qu'avec de grandes restrictions, ou du moins après une explication plus complète.

Souvent, en effet, pour résoudre cette grave question de la limitation de l'intérêt et des lois qui y sont relatives, on se borne à dire : « L'argent est une marchandise, la morale n'a rien à y voir ; ces questions doivent être traitées comme les questions ordinaires du commerce et de la marchandise. »

Sur les deux points, je ne saurais être d'accord avec les personnes qui s'expriment ainsi. A mes yeux, si l'argent est une marchandise, c'est une marchandise tellement différente, tellement distincte de toutes les autres, une marchandise ayant un caractère tellement particulier, que je ne serai point tenté de me borner à des assertions générales. Il importe de scruter d'une manière plus approfondie la nature de l'argent, la nature de la monnaie, la nature du contrat qui s'opère alors qu'un prêt à intérêt est consenti.

D'un autre côté, ici comme partout, je ne saurais faire abstraction de l'idée morale. Aussi, de prime abord, je dirai

Digitized by Google

que toute espèce de violence, couverte ou patente, toute espèce d'extorsion, d'abus des passions, de dol, de fraude plus ou moins avouée, et ce profit qu'un homme ayant un capital à sa disposition veut tirer à tout prix, *per fas et nefas*, de celui qui est dans le besoin, m'arrête, m'inquiète; je suis prêt à répéter, avec Léon Faucher : « Le capitaliste qui spécule sur la détresse temporaire de l'emprunteur est un misérable. » — Si les lois relatives à l'intérêt, telles qu'elles existent aujourd'hui, étaient de nature à me satisfaire sous ce rapport, si elles imposaient une limitation efficace à une exploitation indigne, j'hésiterais fort à y porter la main. Je ne les crois pas bonnes, parce qu'elles sont entièrement impuissantes au point de vue moral, auquel je me rattache avant tout; je les crois mal construites, — permettez-moi d'employer cette expression banale, — elles s'attachent à un signe extérieur qui ne signifie rien quant à la moralité de l'acte. En effet, la fixation d'un chiffre précis du taux d'intérêt qui doit être perçu en matière civile et en matière commerciale n'est nullement une chose adéquate à l'espèce de violence faite à la volonté de l'emprunteur; elle ne fournit nullement les signes véritables du délit d'usure, dont je suis loin de révoquer en doute l'existence et le danger, mais qu'il faudrait essayer d'atteindre par d'autres moyens, par des moyens mieux appropriés que ne l'est une fixation arbitraire du taux de l'intérêt.

La variété et la mobilité des transactions humaines sont si grandes que, quelle que soit la limite, quel que soit le chiffre que l'on inscrive dans la loi, l'arbitraire y domine. Cet emploi du pouvoir de l'autorité, ce mode d'intervention du législateur et du gouvernement entraînent des conséquences extrêmement graves, et qui semblent devoir être évitées.

Je n'examine pas si le taux de 5 ou 6 p. 100 posé par la loi de 1807 convient aux circonstances actuelles; je pourrai plus tard rechercher quelle fut la pensée du législateur à cette époque, et montrer qu'il ne l'avait pas regardé non plus comme un taux invariable; au contraire, ce taux devrait être successivement modifié; il devrait y avoir des études dirigées dans ce sens, afin de faire cadrer la limite de la loi avec le taux moyen des affaires. Mais ce taux moyen, ces moyennes, dangereuses partout, me paraissent extrêmement périlleuses, quand il s'agit de la fixation de l'intérêt, et que celle-ci doit

Digitized by Google

servir à déterminer une appréciation morale et à spécifier la qualité de délit imprimée à la perception d'un profit du capital. Ceci ne me paraît pas admissible. Je n'admets pas les moyennes en matière pénale : on ne saurait ramener à des moyennes des questions de cet ordre.

Le sentiment avec lequel j'aborde l'examen de ces difficultés n'a rien d'absolu; je comprends à merveille les embarras que la solution a rencontrés; je respecte les scrupules des hommes qui ont eu à y regarder de près, alors qu'il s'est agi de modifier une loi d'une portée considérable et complexe.

Je n'oublie pas, comme économiste, que celui que je regarderai toujours comme le maître de la science, Adam Smith, a lui-même hésité; il a fait plus que d'hésiter, il a admis certaines déterminations du taux de l'intérêt. Il l'a fait pour des motifs que, malgré le respect profond que je porte à sa mémoire, je ne saurais admettre comme suffisants.

Il a surtout eu en vue les prodigues, les hommes à projets. Peut-être la touche profonde avec laquelle il a gravé les principes de la science dans d'autres directions, ne distingue-t-elle pas le peu de lignes qu'il a consacrées à l'examen de cette grave question. Ce n'est pas la loi sur le taux de l'intérêt qui empêchera les prodigues de dissiper leur fortune; ils trouveront toujours le moyen de la dépenser d'une manière folle. Les hommes à projets, je ne les condamne pas aussi hardiment que Smith le faisait; en présence des merveilles que notre siècle a vues s'accomplir, nous devons être un peu plus indulgents pour les hommes à projets. Nous devons nous rappeler, par exemple, que Stephenson passait pour un homme à projets, et pour un extravagant, lorsque, dans une de ces enquêtes que le parlement d'Angleterre a l'habitude d'ouvrir sur toutes les grandes questions, il se faisait fort, — je crois que c'était en 1825, — de faire marcher une locomotive avec une vitesse de quatre lieues à l'heure; on regardait alors cela comme une extravagance.

Fulton aussi fut un homme à projets, aux yeux de beaucoup de savants : le premier bateau de Fulton a été nommé la *Folie-Fulton*. Cela n'empêche point les navires à vapeur de franchir aujourd'hui l'Océan.

Nous devons être plus indulgents pour les hommes audacieux qui ont accompli d'aussi grandes choses, et qui peuvent

Digitized by Google

en accomplir d'autres non moins fécondes. Les sommes dépensées de cette manière peuvent être bien souvent dépensées à tort; la prime d'assurance qui entre dans toute espèce de loyer du capital devra être extrêmement élevée, et c'est un des motifs par lesquels elle se justifie aux yeux de la morale et de l'intérêt général. La fixation arbitraire d'un maximum, pour toute entreprise qui, plus ou moins, fait courir des chances aléatoires, est une mauvaise chose, une chose à rejeter.

Sans nul doute, des abus fâcheux, odieux, peuvent se produire; la cupidité peut exploiter et pressurer le besoin, en dépassant les limites que pose la conscience. Je suis tellement loin de croire que la morale, dont je parlerai tout à l'heure, n'a rien à faire dans cette question, qu'avec un ferme désir de parvenir à écarter d'aussi tristes conséquences, je suis arrivé à la conviction que la morale seule peut jouer ici un grand rôle; en inspirant aux hommes un sens plus délicat, les mœurs agiront d'une manière plus efficace que des règles restrictives arbitrairement posées. Elles pourront aussi trouver un appui dans une disposition de la loi pénale, entièrement en dehors d'une fixation quelconque du taux de l'intérêt; on réussira mieux de cette manière à atteindre le but légitime poursuivi par les dispositions édictées dans la loi de 1807, qu'il s'agit de réformer.

QUESTIONS GÉNÉRALES.

1re *Question.* — La première question est tellement vaste, que ma pensée pourra sembler un peu vagabonde en essayant d'en saisir les divers aspects.

La première branche de cette question est ainsi conçue :

« Que faut-il penser de la limite de l'intérêt du prêt d'argent, suivant les principes du droit et de l'économie politique? »

Il y aurait des volumes à écrire pour y répondre; j'essayerai cependant de préciser, sous les deux points de vue du droit et de l'économie politique, les principales observations que cette question me paraît devoir suggérer.

Au point de vue du droit, il me semble que le principe fondamental écrit dans l'art. 1134 du Code civil, portant que « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, »

Digitized by Google

doit être respecté avant tout, à la condition, — et ceci rentre dans les dispositions générales de notre droit, — qu'il y ait une volonté libre de la part de celui qui s'engage, qu'il n'y ait ni dol, ni fraude, ni violence. La distinction est délicate à préciser; elle pourrait seule cependant servir de base à une disposition de loi pénale. Si elle s'attachait à ce qui constitue la véritable usure, c'est-à-dire la spoliation, cette disposition serait, non pas contraire aux dispositions générales de notre Code, mais conforme à son esprit et à sa pensée, tandis que la législation de 1807 est en opposition directe avec les prévisions de l'article 1134.

Les conventions tiennent lieu de loi aux parties, pourquoi? Parce que l'homme est libre; parce qu'il est émancipé de l'ancienne tutelle; parce que, dans un pays surtout qui est placé sous l'empire du suffrage universel, dans un pays où chacun des citoyens majeurs est appelé à prononcer sur les destinées de la patrie, il semble singulier qu'on le traite comme un mineur, qu'on lui refuse la capacité nécessaire, alors qu'il s'agit de contracter un emprunt.

D'ailleurs, pourquoi cette exception pour un seul contrat, alors que toute liberté est laissée quant aux autres transactions civiles, si nombreuses, pour lesquelles le citoyen est parfaitement apte à conclure un marché? Pourquoi cette exception pour le prêt? Est-ce qu'il ne faut pas se reporter à tout un ensemble d'idées, de préjugés, de précédents se rattachant à cette question, et qui peuvent, sinon justifier, du moins expliquer la situation singulière qu'on crée à l'individu majeur, au citoyen libre de ses droits, lorsqu'il s'agit de contracter un emprunt?

Il ne faut pas avoir beaucoup étudié l'histoire du droit pour savoir que des précédents nombreux expliquent cette dérogation au droit commun, ou du moins font comprendre qu'elle se soit présentée à l'esprit du législateur moderne.

Ici deux considérations graves ont dû exercer leur influence: une considération religieuse, une considération économique. Quant à la considération économique, j'aurai à la reprendre tout à l'heure et à la serrer de plus près, lorsque j'essayerai de répondre à la seconde branche de la question. Je parle d'abord de la considération religieuse.

Personne n'ignore les préceptes invoqués pour imposer l'ab-

Digitized by Google

sence de tout intérêt, l'absence de toute rémunération attribuée à celui qui avançait le capital, comme une règle de foi, une obligation stricte, un devoir religieux; ces précédents ont dû laisser des traces profondes dans les esprits, dans les sentiments, et avoir aussi le contre-coup dans les dispositions législatives.

Un texte mal interprété a servi de point de départ aux idées rigoureuses, répandues à cet égard. L'évangéliste Saint-Luc, rappelant les paroles du Christ, dit : ***Mutuum date, nihil inde sperantes.***

Du véritable sens de ces paroles ne dérive nullement une interdiction légale; elles se bornent purement à donner un conseil de charité. Pour peu qu'on lise l'ensemble de cet évangile, on acquiert bien vite la conviction que la parole divine cherche à inspirer la commisération pour les pauvres et à indiquer la meilleure voie qui conduit au salut; il y a là simplement un conseil religieux, ce n'est en aucune manière une interdiction du prêt à intérêt. Une étude approfondie, qui émane des autorités ecclésiastiques les plus respectables, a démontré la vanité de la prétention qui s'attachait à faire dériver de ces paroles l'interdiction absolue du prêt à intérêt; tous les éléments sur lesquels on a voulu s'appuyer pour en faire ressortir cette interdiction prouvent précisément l'opposé de ce qu'on a essayé de leur faire dire.

Je ne voudrais point introduire de plaisanterie dans un sujet aussi grave, où il s'agit des plus sérieuses questions; je cède cependant à la tentation de citer quelques mots qui me reviennent à la mémoire : ils me donneront l'occasion de rappeler l'opinion d'un savant illustre, d'un économiste éminent, qui voulait bien m'honorer de son amitié, et dont l'avis, dans cette circonstance, peut être d'un certain poids. — Rossi me disait un jour, avec la finesse qui distinguait ses pensées : « Mon Dieu ! dans cette malheureuse affaire du taux de l'intérêt sur laquelle tout le monde devrait être d'accord, il y a un obstacle dans un texte sacré que je respecte fort, mais qu'on interprète d'une façon tout à fait inexacte ; ***mutuum date, nihil inde sperantes,*** cela veut dire tout simplement : quand vous prêtez votre argent, vous n'êtes jamais sûr qu'on vous le rendra. »

Je ne crois pas commettre d'indiscrétion en rapportant ces paroles, car on serait mal avisé si on prétendait y trouver une

Digitized by Google

plaisanterie équivoque. Le casuiste le plus rigoureux ne saurait s'offenser de la tournure piquante, donnée à l'expression d'une vérité qui joue un grand rôle dans le débat sur l'usure. Cette observation s'applique à un point essentiel; nous le rencontrerons lorsque nous examinerons le côté économique de la question; car le danger de ne pas retrouver le capital entre pour beaucoup dans la solution que vous essayez de donner au problème posé devant vous.

Ce qui est certain, c'est qu'on s'est mépris sur le sens de la loi religieuse, et que les catholiques qui croient pouvoir, à ce point de vue, rejeter toute espèce de liberté dans le placement des capitaux, commettent une erreur.

Des protestants très-ardents l'ont commise également. Je n'ai pas besoin de vous rappeler les invectives violentes de Luther, — je crois que pour citer un protestant, je ne saurais mieux choisir que ce nom, — les invectives violentes de Luther, dis-je, contre toute espèce de perception d'intérêt; c'était là, en effet, ce qui constituait l'usure.

L'usure, ce n'était pas de savoir si on percevait 3, 4, 5 ou 6 p. 100; l'usure existait du moment où l'on percevait quoi que ce fût, où l'on ajoutait le moindre accroissement au capital prêté, capital qui devait être restitué purement et simplement, sans augmentation d'aucune nature. Voilà quelle était l'ancienne idée, l'ancienne signification du mot *usure*.

Cette idée a régné en souveraine, elle s'était transformée en formule; et si j'ai dit que je n'aimais pas les formules absolues à l'aide desquelles on se dispense de raisonnement et d'étude, c'est que je me rappelais le règne presque universel de cette formule, puisée dans une fausse interprétation des textes sacrés.

Cette formule a mis un obstacle au développement du placement des capitaux; elle a condamné les prêteurs et les emprunteurs à des détours, à des simulations, à des capitulations de conscience, à des interprétations hasardées qui voilaient l'essence véritable d'un contrat nécessaire; elle a longtemps empêché d'entrer dans la voie, reconnue aujourd'hui juste et raisonnable, non-seulement par tous les législateurs, par tous ceux qui se sont occupés des affaires, mais aussi par les ecclésiastiques les plus distingués et par l'autorité suprême de l'Église catholique.

Digitized by Google

Vous connaissez sans doute, Messieurs, l'ouvrage qu'a fait paraître, en 1822, M. l'abbé Baronnat, sous le titre de *l'Usure dévoilée*. Au point de vue religieux, ecclésiastique, la question y est examinée sous toutes ses faces, et la démonstration de la légitimité de l'intérêt y est faite d'une manière complète et satisfaisante. La proscription de l'intérêt, condamné comme *usure*, est une vieille erreur, je ne dirai pas catholique ni chrétienne, c'est une vieille erreur d'Aristote auquel on s'est toujours reporté, alors qu'il s'agissait d'invoquer une méprise philosophique à l'appui de l'interdiction d'une perception quelconque au delà du capital.

Je crois du reste, Messieurs, que cette question aura été traitée devant vous; je me borne à la mentionner.

Si elle ne l'avait pas été, M. le président voudrait bien me le dire. Je suis prêt à entrer dans des développements à cet égard, et à montrer comment Aristote place, du reste en bonne compagnie, l'interdiction de l'usure, confondue avec la perception de l'intérêt, comment, dis-je, Aristote l'a mise au même rang que les produits immatériels, tels que les honoraires des médecins, des savants, et les profits de commerce, qui sont également *innaturels* à ses yeux, pour me servir de l'expression qu'il emploie.

Je vois, d'après un signe de M. le président, que cette question a déjà été abordée; je m'arrête.

Pourquoi l'intérêt est-il légitime? C'est là le point de départ; il faut savoir d'abord si l'intérêt est légitime, nous verrons ensuite s'il est légitime d'en fixer la quotité.

L'intérêt est légitime parce que le capital procure un avantage à celui à qui il est confié, parce que le capital facilite le travail de la production, parce que le capital contribue avec le travail à la création de la richesse. On avait beau dire jadis que l'on ne pouvait point *vendre le temps* : le génie pratique des Anglais les a mieux servis quand ils ont reconnu que le temps était de l'argent : *Time is money*. Nous devons nous rappeler le passé pour nous expliquer ce qui nous semble, avec les idées actuelles, presque inconcevable dans l'interdiction absolue du taux de l'intérêt; nous devons nous rappeler que l'ancienne société ne connaissait pas le travail dans l'acception moderne du mot. Dans l'ancienne société on ne connaissait guère que le prêt de nécessité absolue, *propter vitam;*

Digitized by Google

il s'agissait de secourir l'homme tombé au dernier degré de la misère. On comprend parfaitement qu'on invoquât alors une règle de bienfaisance. La position est toute différente lorsqu'au lieu d'un secours, il s'agit d'une entreprise, et lorsque celui qui emprunte tire un profit du capital loué. Il a fallu cependant l'approche d'une révolution pour faire reconnaître en France cette vérité élémentaire.

Le législateur de 1789 est venu après beaucoup d'autres, car il ne faut pas croire que ce soit en France que, pour la première fois, on se soit prononcé pour la légitimité de l'intérêt; au contraire, ce pays a été des derniers à accepter ce principe. En Angleterre, il avait été adopté depuis Henri VIII; le maximum de l'intérêt avait été fixé par ce monarque à 10 p. 100.

Dans certaines provinces de l'Allemagne, la consécration légale de l'intérêt remonte au XIVe siècle, et, pour la généralité de l'empire d'Allemagne, c'est un rescrit impérial de 1654, si ma mémoire est fidèle, qui a proclamé la légitimité de l'intérêt et l'a fixé à 5 p. 100. La France n'a pas été prompte à s'engager dans cette voie, elle est venue après beaucoup d'autres.

Pourquoi cette légitimité a-t-elle été reconnue? L'expérience avait appris l'impossibilité d'interdire le prêt; l'expérience avait appris que les peines de la loi ne pouvaient que rendre la situation plus dure, plus terrible que si les interdictions absolues n'avaient pas existé.

Montesquieu démolissait les erreurs de son temps, en parlant des institutions d'autres pays que le sien; il a consacré un chapitre remarquable à l'interdiction du prêt à intérêt dans les États musulmans, et c'était la loi française qu'il frappait sur le dos de Mahomet, alors qu'il disait : « Que tous les moyens honnêtes de prêter ou d'emprunter soient abolis, et une usure affreuse s'établira. Les lois extrêmes dans le bien font naître le mal extrême. Il faudra payer pour le prêt d'argent et pour le danger des peines de la loi. » Oui, Montesquieu avait raison : le prêteur s'indemnise de la contravention et les lois qui défendent de prêter, ou de prêter au delà d'un certain taux, retombent sur l'emprunteur.

L'intérêt, au lieu de disparaître devant les injonctions légales, ne faisait que grandir, à mesure que les injonctions de-

Digitized by Google

venaient plus terribles. On comprit l'injustice de pareilles injonctions, du moment où la terre apparut comme un métier au soleil, dont le capital est le moteur. Il y aurait une spoliation véritable, de la part de l'emprunteur, à refuser une rémunération à celui qui l'a mis en état d'obtenir une production plus large, un bénéfice plus considérable.

Cependant en ceci, comme en beaucoup d'autres graves questions, on ne va jamais d'un extrême à l'autre; il faut une émancipation successive. L'autorisation de percevoir un taux d'intérêt, fixé par la loi, a été un stage accompli par les dispositions relatives au prêt. On comprend qu'en présence des anciennes erreurs, on ait voulu d'abord fixer un certain terme au delà duquel la perception cesserait d'être légitime.

Les idées nouvelles ont fait leur chemin; la nature du capital a été mieux connue, on a mieux su ce que c'était que l'instrument dont on se passait de main en main la possession, et l'on a dû arriver à la solution qui, aujourd'hui, est admise par tous les économistes, par ceux qui reconnaissent l'existence d'un délit d'usure, comme par ceux qui ne la reconnaissent pas, car l'usure véritable est, comme je l'ai dit en commençant, indépendante des fixations quelconques du taux de l'intérêt. Tous ceux qui se sont occupés de cette matière sont unanimes pour reconnaître que ces limitations ont un mauvais côté et qu'il faudrait essayer d'arriver à une autre solution.

Quel est ce mauvais côté? Ici, le droit et l'économie politique se donnent la main; je crois que l'économie politique et le droit se rencontreront très-souvent désormais et que ces deux provinces se pénétreront de plus en plus, dans le vaste empire des sciences morales. L'économie politique et le droit s'accordent pour proclamer que le principe de l'intervention du pouvoir, le principe de la volonté et du caprice de l'autorité, s'exerçant ici, peut conduire à des conséquences extrêmement graves.

On dit : Il faut que l'État intervienne, il faut qu'il y ait une fixation du taux, de la quotité de l'intérêt qu'il sera permis de percevoir, parce qu'il est nécessaire de protéger l'ignorance et la faiblesse.

Ces motifs sont plus sérieux que ceux donnés par Adam Smith parlant des prodigues et des hommes à projets. L'ignorance et la faiblesse doivent être protégées; mais ne risque-t-

Digitized by Google

on pas d'aller bien loin une fois qu'on aura adopté ce point de départ? On parle du défaut de liberté de l'emprunteur ; ne s'expose-t-on pas à voir poser la question de savoir si l'ouvrier est toujours libre, alors qu'il débat le salaire avec le maître? Est-ce qu'il n'y a pas aussi, de son côté, de l'ignorance et de la faiblesse? Faudra-t-il donc que la protection du gouvernement s'exerce au moyen de la fixation du taux de salaire, comme au moyen de la fixation du taux de l'intérêt?

Pour ma part, je vous l'avoue, c'est là une pente qui me paraît très-glissante, extrêmement périlleuse, et les assimilations logiques dans lesquelles on s'est quelquefois complu alors que l'on a voulu mettre sur une sorte de piédestal la loi relative à la fixation du taux de l'intérêt, ces assimiliations pourraient conduire le législateur beaucoup plus loin qu'il ne le voudrait, beaucoup plus loin que les intérêts sainement entendus de la société ne le permettent.

Les motifs d'ignorance et de faiblesse ne me paraissent pas suffisants pour que l'on introduise une dérogation pareille à la loi commune. Le remède qu'on veut apporter ici à l'ignorance et à la faiblesse est mauvais ; il serait de nature à perpétuer cette ignorance et cette faiblesse dont on parle. S'il y a ignorance et faiblesse, c'est par d'autres voies qu'il faut chercher à les guérir; c'est par l'enseignement, c'est par la concurrence plus complète, c'est au moyen d'institutions de crédit à la fois larges et prudentes, que l'on peut arriver à un résultat favorable, et non par les dispositions rectrictives, limitatives du taux de l'intérêt.

Il est un point qui m'a arrêté longtemps, sur lequel j'ai eu besoin de beaucoup réfléchir pour me décider : ce point, c'est celui de la concurrence en matière de prêts, que je viens de mentionner.

Je le reconnais, cette concurrence ne s'exerce pas toujours, lorsqu'il s'agit de prêts, d'une manière aussi complète que pour les autres intérêts économiques, pour les autres transactions du marché. Alors qu'il s'agit d'un prêt contracté dans des circonstances difficiles, au lieu de rechercher le grand jour, d'aborder le marché des capitaux, souvent l'emprunteur se cache; d'autres fois il ne peut s'adresser au prêteur que dans le voisinage, dans un rayon restreint, et la solvabilité qu'il présente est douteuse, le recouvrement apparaît hypothétique et

Digitized by Google

difficile; le contrat est passé alors à des conditions qui semblent excessives. Ce contrat n'entre pas dans le cercle général des transactions, sur lesquelles la concurrence la plus complète exerce son empire en limitant les prix, et en arrivant à déterminer avec une grande précision l'évaluation des objets. Cela m'a fait hésiter.

Mais je me suis demandé si, dans l'intérêt même des progrès de cette concurrence, de cette compétition si désirable de la part des prêteurs, la loi ne devait pas être modifiée. Je me suis demandé si l'effet direct de la loi, telle qu'elle existe aujourd'hui, avec ses fixations absolues et aveugles, en ce qui concerne la limitation du taux de l'intérêt pour toutes les transactions, si l'effet direct de cette loi n'était pas justement d'écarter la concurrence au lieu de la provoquer. et de livrer en quelque sorte à la merci du créancier avide, dépouillé de tout scrupule, celui qui a besoin de contracter un emprunt.

La question des risques doit jouer un très-grand rôle dans l'appréciation des éléments du prêt ; la question de responsabilité individuelle et l'appréciation que le créancier peut faire de la personne, de la moralité, de l'exactitude de son futur débiteur, doivent exercer une très-grande influence sur la fixation du taux de l'intérêt, sans que la morale y entre pour rien, sans qu'elle soit le moins du monde offensée. Si l'on jette sur des opérations parfaitement légitimes un mauvais reflet, si l'on fait hésiter la conscience, les hommes honnêtes se diront : « Du moment où c'est une chose que la loi interdit, à aucun prix nous ne voulons nous mêler de prêts qui ne peuvent être faits qu'en dehors de la limitation de la loi. » D'autres seront moins scrupuleux, et c'est à ceux-là qu'on livrera les emprunteurs. Le remède véritable au mal dont on se plaint consiste dans une concurrence plus active, dans une compétition plus éveillée de la part de ceux qui ont des capitaux disponibles, et ce remède disparaît complétement par l'effet de la loi elle-même, qui va contre le but qu'elle poursuit, et qui, loin de diminuer le mal, l'aggrave.

Voilà, sur ce point essentiel de la concurrence, la conclusion à laquelle on se trouve nécessairement amené.

Il ne faut pas confondre le vœu de la loi avec la possibilité légale. La loi a désiré prévenir des abus réels ; il ne lui a pas é possible de les atteindre; c'est même souvent la loi qui

Digitized by Google

devient, pour des esprits que je ne crois pas prévenus, complice de la diminution de l'offre ou de la disparition des capitaux ; c'est elle qui, dans de nombreuses circonstances, est la cause première des embarras où se trouve l'emprunteur.

Ce point de vue me tient fort à cœur ; mais si M. le président trouvait que je suis trop long dans les explications que je donne, je le prierais de me le dire.

M. le Président. Pas du tout, Monsieur ! nous vous écoutons avec beaucoup d'intérêt.

M. Wolowski. Ce point de vue, dis-je, me tient fort à cœur. Je me suis demandé si réellement il pouvait y avoir dans les dispositions restrictives de la loi quelque chose qui aidât l'emprunteur, et j'ai précisément trouvé le contraire.

Quant à la question de moralité, dont, je le répète, je me préoccupe très-fort, je me suis demandé si, en envisageant les choses d'un autre côté, la loi ne favorisait pas une immoralité véritable de la part de l'emprunteur, c'est-à-dire si, dans ses dispositions rigides, mathématiques, qui ne tiennent point compte des intentions, qui frappent mécaniquement l'homme qui prête au delà d'un certain taux d'intérêt, comme s'il commettait une contravention, il n'y avait pas une singulière manière de favoriser la mauvaise foi de l'emprunteur. Celui-ci n'est pas toujours à l'abri de tout reproche. L'emprunteur est homme tout aussi bien que le prêteur, et il peut tout aussi bien commettre un délit que le prêteur lui-même. Est-ce qu'il y aurait quelque chose de bien moral à ce qu'un homme, poussé par une nécessité pressante ou par un intérêt puissant, ayant devant lui une entreprise dans laquelle il espère recueillir de grands résultats, se présentât chez un capitaliste, obtînt de celui-ci la faveur d'un prêt, à un intérêt qui dépasserait le taux légal, en raison des dangers réels de la situation qui apparaîtraient au prêteur et qui seraient reconnus par l'emprunteur lui-même, est-ce qu'il y aurait, dis-je, quelque chose de bien moral à ce que cet homme, après avoir profité du prêt, vînt ensuite actionner, en le dénonçant devant les tribunaux, celui qui lui aurait tendu la main, celui qui, cédant à ses sollicitations, lui aurait rendu service ?

Je n'ai pas eu une longue expérience, une longue pratique du palais, après m'être livré à l'étude des lois, j'ai été fort peu

Digitized by Google

de temps avocat; ce n'est donc qu'avec une extrême hésitation que je rappelle ici mes souvenirs personnels. Cependant il m'est arrivé plus d'une fois de voir des affaires analogues à celles dont je vous entretiens en ce moment sous forme d'hypothèse. Un de mes anciens confrères et amis, dont le nom vous est certainement connu, M. Bertin, rédacteur en chef du *Droit* et l'un des plus honorables avocats du barreau de Paris, a raconté un fait dont il avait une connaissance directe, un fait qui m'a laissé une profonde impression dans l'esprit.

Il a connu un individu tombé deux fois en faillite; c'était un esprit entreprenant, audacieux, un de ces hommes à projets contre lesquels Adam Smith a épuisé ses rigueurs. Cet individu se présenta chez une personne qui avait des capitaux disponibles, il demanda à emprunter une certaine somme en offrant de payer 50 p. 100. Ne perdez pas de vue, Messieurs, l'emprunteur dont il est ici question avait déjà fait deux fois faillite : il ne trouvait de crédit nulle part, le prêt qu'on pouvait lui consentir ne devait être fait qu'à la grosse et à la très-grosse aventure. Du reste, il sollicitait ce prêt comme un bienfait, en disant : « Je ne vous prends pas en traître, il est possible que votre capital soit perdu ; je veux courir une chance, voulez-vous la partager avec moi, en me prêtant votre argent à 50 p. 100 ? » Le prêt fut consenti et la somme livrée dans ces conditions.

Le commerçant, au lieu de faire une troisième faillite, remit tellement ses affaires, qu'il acquit, au moyen de la somme qui lui avait été prêtée, une fortune de 2 millions, en peu de temps. Le capitaliste qui lui avait prêté cette somme mourut en laissant sa famille dans la détresse; et les enfants de cet horrible *usurier*, sur lequel on épuiserait tout le vocabulaire des malédictions, les enfants de ce *misérable* qui prêtait à 50 p. 100, ont reçu, de la part de celui qui avait emprunté à leur père à de si gros intérêts, une pension de 2,000 francs qu'il leur a servi avec reconnaissance, et qui a été pour eux une véritable planche de salut.

Des faits analogues, surtout dans une société comme celle au milieu de laquelle nous vivons, ne sont pas, croyez-le bien, de rares exceptions. Certes, ils ne se présentent pas fréquemment dans la mesure énorme que j'ai signalée, et qui, je le reconnais, est allée jusqu'à l'extrême; mais ils se rencon-

Digitized by Google

trent dans une mesure assez considérable et en assez grand nombre. C'est cependant contre de tels faits que la loi de 1807 dirige ses prévisions dans l'intention de les frapper, sinon de les rendre impossibles.

C'est peut-être osé, de ma part, alors qu'il s'agit d'une loi existante et qui doit avoir nos respects tant qu'elle subsiste, que d'en penser ce que je vais dire : j'ai la conviction entière que ce qu'il y aurait de plus à redouter, c'est que la loi de 1807 fût exactement observée; j'ai la conviction que si l'on s'en tenait scrupuleusement aux errements qu'elle prescrit, que si l'on ne prêtait jamais au delà de 5 p. 100 en matière civile et 6 p. 100 en matière commerciale, le danger serait énorme; j'ai la conviction que les accrocs faits à cette loi n'ont pas toujours été sans utilité. Il faut bien que le législateur ait eu la même conviction, puisque, tout en laissant subsister la loi de 1807, il a admis les dispositions particulières qui changent complétement l'application de cette loi dans des circonstances très-graves.

En effet, en adoptant la loi qui régit actuellement la banque de France, le législateur a reconnu qu'il y avait nécessité absolue de déroger à la rigidité de la règle posée par la législation de 1807. Une fois cette dérogation admise en faveur de la Banque de France, on l'a étendue, par une sorte d'équité prétorienne, à toutes les opérations commerciales; de sorte que, aujourd'hui, si l'on voulait maintenir la loi de 1807, on n'aurait plus qu'à en préserver un lambeau, en ce qui concerne purement la matière civile.

Messieurs, j'abuse de votre attention, sans doute, mais cette question est si large....

M. le Président. Parlez, Monsieur, ce que vous dites est fort intéressant.

M. Wolowski. Des arrêts ont été rendus pour déclarer que l'escompte n'est pas l'intérêt. Je crois qu'on a voilé le caractère naturel de l'escompte pour arriver précisément au moyen de faire cadrer les nécessités du commerce avec les dispositions rigoureuses de la loi; on a porté ainsi atteinte aux principes, et je ne suis pas de ceux qui pensent que c'est une petite affaire que de porter atteinte aux principes. Il faut modifier une

Digitized by Google

loi qu'on ne peut laisser subsister qu'en ayant recours à une interprétation hardie.

L'honorable M. Dupin, dans un débat que vous connaissez tous, a soutenu qu'il fallait maintenir les lois relatives à l'usure, alors que l'on fixait le prix du pain chez le boulanger.

Cet argument a disparu depuis la liberté de la boulangerie, et, si je voulais tirer une conséquence de ce précédent, je dirais que personne n'a remarqué qu'il se soit manifesté des dangers bien grands alors que la liberté de la boulangerie a remplacé les anciens règlements; nous devons espérer aussi que le péril ne sera pas bien considérable non plus, alors que toute fixation de *maximum* d'intérêt aura disparu de notre législation.

Messieurs, votre honorable Président et moi nous venons de quitter une séance de l'Académie des sciences morales et politiques, à laquelle assistait un de nos illustres confrères étrangers, un homme qui est une des gloires de ce temps, et l'ami intime de M. Dupin. Je veux parler de lord Brougham, qui porte si vertement ses quatre-vingt-huit ans. Son opinion est complétement différente de celle de M. Dupin sur la question qui nous occupe, ce qui prouve, au moins, que les jurisconsultes les plus éminents peuvent n'être pas d'accord en cette matière.

Je ne citerai qu'une phrase prononcée par lord Brougham, à ce sujet dans une discussion du Parlement anglais : « Soit au point de vue commercial, a-t-il dit, soit au point de vue moral, je ne connais rien de plus mauvais que la législation actuelle sur la limitation du taux de l'intérêt. »

On peut donc être un jurisconsulte d'une certaine valeur sans partager, sur ce point, l'opinion ni les scrupules de notre savant procureur général à la Cour de cassation.

Pourquoi, d'un côté, le législateur de 1807 a-t-il voulu mettre dans une catégorie distincte tous les prêts d'argent? Pourquoi, d'autre part, une école, que ni vous ni moi n'avons l'habitude de suivre, pourquoi l'école socialiste s'est-elle attachée à cette question avec une grande ténacité, en demandant hardiment le *crédit gratuit*, car elle a voulu décorer d'un titre pompeux une erreur radicale? C'est parce que, de part et d'autre, on a pensé que l'argent échappait aux lois ordinaires de l'économie politique; que l'argent devait être soumis à des règles distinctes; que l'argent n'était point une marchandise;

Digitized by Google

que, par conséquent, on ne pouvait lui appliquer les lois qui régissent les transactions, en ce qui concerne les marchandises, et que le Gouvernement devait avoir une mainmise sur cet instrument général de crédit et de circulation.

Quand je vous aurai répété ce que je crois vous avoir dit en commençant, que je ne regarde pas, moi-même, l'argent comme une marchandise ordinaire, il vous semblera sans doute que je me trouve désarmé vis-à-vis de ceux qui soutiennent une opinion contraire à la mienne, en s'appuyant précisément sur cette idée que l'argent n est pas une marchandise, et que je prête ainsi les mains au maintien de la législation que je voudrais voir reviser; eh bien, il n'en est rien. En effet, si l'argent, prix de toutes choses, n'est pas à mes yeux une marchandise comme une autre; s'il a des caractères qui le distinguent essentiellement des autres objets de commerce; s'il a surtout un pouvoir qui lui imprime une virtualité toute particulière, je veux dire le pouvoir de la libération obligatoire, qu'aucune marchandise ne possède; s'il doit être tenu pour un instrument *sui generis*, cela ne suffit pas pour qu'on prétende que l'arbitraire du législateur et l'action du gouvernement peuvent jouer ici un rôle que les intérêts de la société repoussent.

Oui, l'argent est un instrument de la circulation et du crédit. Comme c'est lui qui résume en quelque sorte tout le mouvement de la production et des échanges, on s'est souvent attaqué à lui en le rendant responsable de beaucoup de méfaits et de maux dont il est innocent. Oui, c'est un instrument *sui generis;* mais cet instrument peut être l'objet d'un contrat de louage, comme tout autre objet. Son caractère distinct ne le soustrait pas à l'empire de la possession individuelle, ne l'empêche pas d'être susceptible de passer de main en main avec toute sa virtualité; au contraire, c'est parce qu'il a cette facilité de se transporter de main en main et de remplir toujours le même rôle, indépendamment de la qualité de la personne qui le possède, qu'il est recherché par tout le monde.

Lorsqu'on emprunte une somme d'argent, ce ne sont pas les disques d'un métal précieux, frappés d'une effigie qui en certifie la valeur intrinsèque, qu'on désire se procurer pour avoir le plaisir de les contempler ou de les mettre dans sa caisse. Non; ce qu'on emprunte, c'est l'expression de la puissance inhérente au capital. Et c'est ici que je ne saurais assez m'éton-

Digitized by Google

ner de la méprise qu'ont commise ceux qui, tout en reconnaissant comme parfaitement légitime la perception d'une rétribution consentie par un contrat, alors qu'il s'agit du louage de toute sorte de produits, viennent à nier l'empire de la volonté des parties, alors qu'il s'agit de l'argent qui n'est autre chose que la représentation de tous les produits, de l'argent qui a l'avantage, pour l'emprunteur, de laisser à celui-ci le choix de tous les objets qu'il aurait pu emprunter, et qui lui donne, grâce au prêteur, la faculté d'obtenir tout ce qu'il veut dans le bazar universel dont la société humaine ouvre l'accès.

L'argent est l'instrument à l'aide duquel la puissance d'acquérir se transmet d'une main dans une autre main, d'un lieu dans un autre lieu, d'un temps dans un autre temps; c'est cette puissance au moyen de laquelle le gage que vous vous êtes procuré se transforme en divers objets dont vous pourrez tirer parti, que vous accommoderez aux nécessités de vos affaires, de vos entreprises, que vous choisirez à votre gré.

Et c'est parce que le prêt de toutes choses se fait sous la forme la plus commode, la plus avantageuse à l'emprunteur, c'est-à-dire sous la forme du prêt d'une somme d'argent, que l'on viendrait placer ce prêt dans une position exceptionnelle et inférieure, relativement à tous les autres !...

Pourquoi donc serait-il regardé comme lésé celui qui a tous les avantages de son côté, celui qui, au lieu de ne recevoir du prêteur qu'un produit déterminé, se trouve mis en position de choisir tous les produits qu'il voudra, ou tous les moyens de production dont il pourra avoir besoin dans des entreprises qui doubleront peut-être, grâce à ce ferment fécond, les bénéfices qu'il désire se procurer?

L'argent n'est pas autre chose; c'est l'instrument de la puissance d'acquisition qu'il fait passer en d'autres mains quand le prêt le met à la disposition de l'emprunteur.

L'argent n'est pas une marchandise comme une autre, ai-je dit, et je le maintiens. L'argent, introduit dans les relations humaines, a effectué une des plus grandes révolutions économiques : il a transformé le troc, l'échange en contrat de vente, et en déterminant le *prix* des choses, il a permis d'estimer à leur juste valeur tous les produits échangés et tous les services rendus.

Avant que l'argent eût été admis comme mesure commune

Digitized by Google

(*communis rerum mensura*), avant qu'il eût fourni un point de repère pour tous les produits, en permettant de les estimer, de les comparer entre eux, les rapports entre les hommes manquaient d'une langue commune, qui servît à les préciser. Nous n'avons pas besoin de plonger les regards bien loin dans le passé pour nous rendre compte de cette situation ; si nous étudions ce qui se passe au milieu de civilisations peu avancées, nous voyons qu'elle existait hier encore en Europe ; les sociétés étaient livrées à ce que les économistes allemands, notamment l'un d'entre eux que j'estime fort, M. Roscher, ont appelé l'économie naturelle, c'est-à-dire à un simple échange de services rendus contre un certain abandon de fruits, sans que celui qui abandonnait les fruits ou celui qui les recevait pût savoir s'il était convenablement et justement rémunéré. Ainsi, avant l'émancipation des serfs en Russie, on ne savait qui était sacrifié du propriétaire ou du paysan. Certains travaux étaient récompensés par l'abandon de portions de terrains; mais il était difficile de déterminer si le travail accompli avait plus ou moins de valeur que le terrain cédé en rémunération.

Tant que la monnaie n'a pas mesuré le service rendu et l'objet donné en échange, l'incertitude règne dans tous les esprits. C'est en estimant instantanément tous les produits, tous les services, que la monnaie est devenue la machine la plus puissante et la plus féconde des sociétés modernes; c'est grâce à elle que le travail a pu réaliser les magnifiques résultats qui nous étonnent, et qu'il a été possible, en comparant la valeur de ces résultats aux efforts qu'ils avaient coûté aux travailleurs divers qui y avaient concouru, d'assurer à ceux-ci une récompense adéquate. C'est la monnaie qui seule peut atteindre ce résultat. Elle mesure la valeur ; elle fournit en même temps le gage de la tradition future des choses qu'elle représente, non pas comme un signe arbitraire, mais comme possédant elle-même une valeur intrinsèque, sans laquelle elle serait impuissante pour remplir cet office. Car si le poids ne peut être mesuré que par le poids, la *valeur* ne peut être mesurée que par une *valeur*.

Il n'y a dans la monnaie rien de fictif, ni de chimérique : celui qui la prête livre, sous cette forme universelle, non pas seulement tel produit, telle denrée, tel instrument, telle machine, mais tous les produits, toutes les denrées, tous les in

Digitized by Google

struments, toutes les machines, offerts en échange. La facilité qu'elle procure de transmettre et de conserver la libre disposition de toute chose qu'elle représente, communique un avantage hors ligne, rend un service éminent, qui méritent récompense.

Il faut donc que celui qui abandonne temporairement une somme d'argent pour en faire profiter autrui, soit justement rémunéré; il le sera, quel que soit le taux d'intérêt qu'il prélève, pourvu, bien entendu, que le contrat ne soit entaché ni de violence, ni de fraude, ni d'extorsion, circonstances qui sont toutes en dehors de la limitation du taux de l'intérêt.

Lorsque j'étudie une question, j'ai l'habitude de lire, avant tout, ce qui a été écrit dans un sens contraire à l'opinion vers laquelle je penche. La plupart des hommes qui ont approfondi cette matière, sans partager les vues émises par les économistes, reconnaissent qu'il est mauvais de déterminer d'une manière fixe, mécanique, et pour ainsi dire aveugle, le taux de l'intérêt. L'usure véritable se reconnaît à d'autres signes qu'au prélèvement d'un intérêt au-dessus du taux légal; l'usure est un délit moral qui ne peut être matérialisé par le législateur dans le chiffre invariable de la perception des intérêts de la part de celui qui abandonne pour un temps l'usage de son capital.

Je me permettrai de recommander à votre attention le meilleur ouvrage en ce sens, l'ouvrage le plus complet, celui dans lequel les raisons contre la suppression des lois sur l'usure ont été émises avec le plus de talent et d'énergie : je veux parler d'un livre dû à la plume d'un magistrat autrichien, M. Rizy, de Vienne, et qui porte pour titre : *Ueber Zinstaxen und Wuchergesetze.*

M. Rizy est d'avis que l'usure existe, que ce n'est point un délit chimérique et qu'il faut réprimer ; mais il n'approuve pas les réglementations actuelles concernant la limitation législative du taux des intérêts.

Ainsi donc, pour me résumer sur ce point, l'argent est l'instrument de la tradition de la puissance d'acquérir; il donne à celui qui l'obtient par voie d'emprunt la faculté de choisir les produits ou les instruments de production dont il a besoin; il le place ainsi dans la meilleure des positions, et ce n'est

Digitized by Google

pas là un titre pour qu'on veuille affranchir l'emprunteur d'une redevance d'intérêt librement consentie, ou pour exiger qu'il obtienne cette puissance sans se soumettre à de justes conditions de rémunération envers le prêteur, conditions variables, suivant les circonstances très-diverses que le législateur ne peut pas connaître, et qu'il peut encore moins prévoir d'une manière fixe.

J'ai dit que l'argent n'était pas une marchandise comme une autre; aussi n'est-ce pas pour le mettre purement et simplement dans la catégorie des autres marchandises que je réclame la modification de la loi de 1807; c'est parce qu'à mes yeux il est, comme tout autre produit ou instrument, susceptible d'un louage librement débattu.

Quand la loi a admis la légitimité du prêt à intérêt, elle a peut-être commis une erreur en ne plaçant pas les dispositions nouvelles sous le titre du « Louage, » au lieu de ranger un contrat à titre onéreux, à côté du *mutuum*, du prêt de bienfaisance dont la gratuité forme le caractère essentiel.

Le deuxième membre de la première question porte : « L'argent doit-il être considéré comme une marchandise ordinaire? »

J'ai déjà dit que l'argent, entendu dans le sens d'une somme de *monnaie*, objet du prêt, ne paraissait pas être une marchandise ordinaire, car il l'emporte sur toute autre marchandise, alors qu'il n'est pas seulement contrôlé par l'autorité, qui le marque d'une empreinte, après avoir vérifié la composition intrinsèque de chaque disque de métal, mais encore qu'il obtient *seul* le pouvoir de libérer de tout engagement, de résoudre toute convention. Il possède à la fois les deux qualités : celle de *valeur*, par le métal précieux dont il garantit la tradition en quotité déterminée, et celle d'*instrument légal* de libération. Cette supériorité naturelle de l'argent en rend la possession plus précieuse, et imprime par conséquent au *louage* de cet instrument une plus grande utilité.

Oui, en dehors du pays où la monnaie a été frappée, l'argent perd ce caractère de libération obligatoire, ce caractère d'instrument de toutes les transactions; il n'apparaît plus que sous la forme de lingot divisé en découpures diverses, mais n'ayant plus que le caractère ordinaire d'une marchandise. Le

Digitized by Google

terme *argent* présente un double sens qui peut causer quelque embarras de langage....

M. Lacaze. *Money*, comme disent les Anglais.

M. Wolowski. Oui. Les métaux précieux sont des marchandises ordinaires, l'or et l'argent monnayés ne le sont pas, du moins d'une façon identique. Il n'y a plus de confusion possible en présence de cette distinction bien comprise. De là vient la différence établie par le Code civil quant aux dispositions qui régissent le prêt d'argent (art. 1895 C. civ.) et le prêt fait en lingots (art. 1896 et 1897).

Les conditions de *la valeur*, dépouillée du privilége spécial de *la puissance libératoire*, reprennent tout leur empire dans le commerce international; aussi le *change* ne tient-il compte que du métal fin contenu dans la monnaie. En dehors de la frontière du pays auquel celle-ci appartient, elle reprend le caractère pur et simple d'une marchandise. Mais en ce qui concerne la question du prêt à intérêt, il est difficile de comprendre pourquoi le *louage* de ce qui est à la fois *gage de la valeur* et *instrument légal de libération* (la somme de monnaie) serait placé dans une condition plus restreinte que le *louage* de ce qui n'est que le *gage* (une quotité de métal précieux); pourquoi on imposerait une loi plus étroite à la jouissance, temporairement transmise, du *produit universel*, qu'à cette même jouissance d'un produit spécial.

Le prêteur, en avançant une somme de *monnaie*, livre sous cette forme le *capital ;* avec le signe du pouvoir d'acquérir, il livre l'instrument de ce pouvoir. Les étranges attaques dirigées contre la prétendue *tyrannie du capital*, et contre la royauté *usurpée* de l'or et de l'argent, ne tiennent qu'à des idées fausses et incomplètes sur la nature du capital et sur la nature de la monnaie. Ce dont on se plaint en réalité, c'est de ce que le capital ne se rencontre point en plus grande abondance; car on ne veut point le détruire, mais en user à volonté. On ne demande pas la mort du pécheur, on désire, au contraire, arriver à le posséder sans peine. *L'argent*, qui est la traduction tangible et l'expresion commune du capital, partage le même sort et dans la même mesure. On oublie la fonction à laquelle il est appelé, et l'on voudrait lui faire violence, *parce qu'il se refuse*. Toutes les exceptions imaginées

Digitized by Google

pour amortir l'application du droit commun aux conventions librement formées entre les parties, tiennent à la même erreur fondamentale : *crédit gratuit, papier-monnaie, haine du capital, limitation du taux de l'intérêt,* ne sont que les divers symptômes de la même maladie, dont les saines notions d'économie politique, plus généralement répandues, parviendront à avoir raison.

2e *Question.* La deuxième question est celle-ci :

« Quelle a été, dans les pays étrangers connus des témoins consultés, l'influence des lois qui ont affranchi les prêts de toute limitation d'intérêt ? »

Je puis vous dire tout d'abord que je ne connais aucun pays où la suppression de la limitation du taux de l'intérêt ait produit de mauvais résultats.

Il ne faut pas confondre ce qui s'est passé au commencement de ce siècle avec ce qui se passe aujourd'hui, alors que les circonstances économiques ont complétement changé. On a mis sur le compte de la suppression de la limitation du taux d'intérêt beaucoup d'abus qui tenaient à l'incertitude générale des affaires, soit en France, soit en d'autres pays. Le mal est venu surtout de ce que les métaux précieux avaient cessé d'être la base solide de la circulation. Les assignats, le papier-monnaie sous toutes les formes, avaient envahi le marché en amenant la brusque fluctuation des prix. L'or et l'argent *démonétisés* furent déclarés *une marchandise,* non pas dans le sens de l'autorisation de les prêter moyennant intérêt, — la loi de 1789 avait déjà détruit sur ce point l'ancienne interdiction, — mais dans le sens du prix débattu, pour l'échange, et de la *puissance libératoire,* enlevée au numéraire métallique. En réalité, l'émission des assignats et toute la législation révolutionnaire n'ont jamais influé ni porté sur le taux de l'intérêt, et M. Troplong a parfaitement raison quand il dit qu'aucune loi n'avait supprimé sous la Révolution les dispositions limitatives du taux de l'intérêt.

Mais je ne veux pas entrer dans l'étude de cette question, qui demanderait un examen assez étendu.

Pour en revenir à la question posée, je répète que, dans les divers pays où la limitation du taux de l'intérêt a été rayée des Codes, il ne s'est pas produit de mauvais résultats.

Digitized by Google

Je ne prétends point, parce que je veux rester dans les limites strictes de la vérité la plus entière, telle qu'elle m'apparaît, je ne prétends pas que, partout, la suppression de la limitation de l'intérêt ait changé la situation économique de la société d'une manière merveilleuse; que cette mesure soit une baguette magique, à l'aide de laquelle la richesse vienne se répandre sur tous; mais elle a levé des obstacles sérieux, elle a fait revenir à une appréciation plus équitable des conventions, elle a effacé une sujétion, tout au moins inutile, quand elle n'est pas périlleuse, imposée à l'action libre de l'homme. Divers pays en ont profité dans une mesure plus ou moins grande. Si, dans quelques-uns, elle n'a eu que peu d'influence en bien, je n'en connais pas où elle ait exercé une influence en mal.

Je crois que c'est ici le lieu, car il n'y a pas de question spéciale posée à cet égard, d'indiquer les pays où la suppression de la limitation du taux de l'intérêt a été prononcée, et les résultats recueillis dans ces mêmes pays.

Le premier pays qui se présente à nos regards, c'est l'Angleterre.

L'Angleterre est l'État le plus considérable par ses richesses et par l'activité de la production, celui dans lequel la question relative au taux de l'intérêt a pu jouer, quant à la solution qui lui a été donnée, le rôle le plus important. On y a procédé pas à pas, avec mesure; on n'a pas fait de révolution; quant au taux de l'intérêt, on a voulu essayer, et c'est justement en s'appuyant sur les résultats que les essais partiels avaient donnés, et qui ont été reconnus avantageux, qu'on est arrivé à la liberté absolue.

Dans la question cotée 7 au § 2 du Questionnaire que j'ai devant les yeux, il s'est glissé une légère inexactitude typographique par suite de l'omission des mots : *avant* 1854. Cette question est ainsi formulée : « *Y aurait-il lieu de distinguer, comme la législation anglaise sous ce rapport,* » c'est-à-dire sous le rapport de l'élévation du taux de l'intérêt autorisé, ou de la suppression de tout maximum d'intérêt, « *le prêt hypothécaire et le prêt non hypothécaire?* »

En effet, la loi sur l'abolition du taux de l'intérêt, en Angleterre, est absolue depuis le 10 août 1854; la faible limitation qui avait subsisté jusque-là, quant aux prêts inférieurs à

Digitized by Google

10 livres sterling (250 francs) et quant au prêt hypothécaire, a été effacée par l'*act*, voté il y a dix ans.

M. Duvergier. Il y a encore une limitation pour ce qui concerne les *pawn-brokers*.

M. Wolowski. Ce sont là des dispositions particulières, des dispositions de police relatives au prêt sur gage, qui se distingue du prêt civil et du prêt commercial; ces derniers sont entièrement libres en Angleterre depuis dix ans.

La législation anglaise a été remaniée à diverses reprises depuis trente ans, toujours dans un sens progressif vers la liberté. C'est d'abord dans une loi relative à la Banque, qu'on a autorisé un taux supérieur au taux légal, pour les billets d'une échéance de trois mois seulement. Cette première loi date de 1833.

En 1837, on a étendu cette faculté aux billets à douze mois.

En 1839, — car la législation anglaise ne procède point d'ensemble, elle est sur une sorte de métier continu, elle ne se fait pas tout d'une pièce comme chez nous, elle se modifie à intervalles rapprochés; — en 1839, la loi a étendu la suppression du taux maximum de l'intérêt à toutes les négociations, excepté aux prêts hypothécaires et aux prêts inférieurs à 10 livres sterling. Enfin cette suppression est devenue absolue à partir de 1854.

Il y a eu des opposants à ces mesures successives; il y a eu des hommes très-consciencieux qui, dans les enquêtes ouvertes par le Parlement, manifestaient des craintes au sujet des innovations que l'on proposait; personne ne regrette aujourd'hui la réforme accomplie, pas plus en matière commerciale qu'en matière civile.

Du reste, c'est ainsi que les choses se sont passées, en Angleterre, pour le *Free trade :* beaucoup d'hommes qui combattaient, il y a peu d'années encore, la liberté commerciale, sont aujourd'hui parfaitement convertis aux lois qui ont opéré la grande révolution économique accomplie en cette matière.

Pour passer de l'infiniment grand à l'infiniment petit, je rencontre dans un pays placé sur la lisière de la France le monument le plus récent de la législation étrangère : le canton

Digitized by Google

de Bâle-Ville a supprimé toutes les lois relatives à l'usure au mois de mai 1864.

La loi nouvelle de Bâle-Ville est très-brève, elle est conçue en trois lignes que voici :

« Le grand conseil décide la suppression de toutes les lois en matière d'usure, comme contraires à l'opinion actuelle et aux intérêts véritables du commerce. »

Voilà tout ce que dit cette loi qui constitue le monument le plus récent de la législation européenne en cette matière.

Une ville de commerce des plus importantes, Francfort-sur-le-Mein, a également aboli les lois limitatives du taux de l'intérêt, depuis le 2 février 1864. La même suppression a été prononcée dans le duché d'Oldenbourg par la loi du 18 juin 1858, et dans le duché de Saxe-Cobourg par la loi du 10 février 1860, sauf la défense de prendre les intérêts des intérêts, ainsi que de les supputer au delà d'une somme égale au capital.

La ville de Brême est entrée dans la même voie par une loi du 27 décembre 1858; mais, en cas d'*ordre* ouvert, la collocation des créanciers n'a lieu que pour les intérêts légaux.

Antérieurement, des lois nombreuses avaient été rendues dans le même sens, c'est-à-dire des lois qui avaient prononcé la suppression plus ou moins absolue de la limitation du taux de l'intérêt, sans accompagner cette suppression d'une modification de la législation pénale.

J'insisterai tout à l'heure sur ce point, car un de messieurs les conseillers m'a paru penser que ce serait la partie de mes explications qui serait la plus intéressante pour la commission.

M. Lacaze. La partie la plus intéressante, car tout ce que vous dites mérite l'intérêt de la commission.

M. Wolowski. Je demande pardon à la commission de la longueur de ma déposition.....

M. le Président. Elle est très-intéressante dans toutes ses parties, et nous vous prions de la continuer.

M. Wolowski. Ce n'est pas seulement en Angleterre et à Bâle-Ville, et dans d'autres pays européens, dont je vais parler tout à l'heure, c'est aussi en Amérique, au Pérou et au Chili,

Digitized by Google

qu'on éprouve d'excellents résultats de la suppression de la limitation du taux de l'intérêt.

Au Pérou, — j'ai lu ce renseignement, ce matin même, dans la cinquième édition de l'ouvrage de M. Roscher, qui tient ses lecteurs au courant de tous les faits législatifs des deux hémisphères, — au Pérou, l'intérêt de l'argent s'élevait jusqu'à 50 p. 100 avant la suppression des lois sur l'usure; la liberté a fait tomber ce taux à 24 p. 100, et aujourd'hui il n'est plus que de 12 p. 100.

M. Lacaze. Comment! l'intérêt légal était de 50 p. 100 au Pérou?

M. Wolowski. Non, Monsieur. C'était précisément la limitation légale qui faisait quelquefois monter l'intérêt jusqu'au 50 p. 100. Suivant l'expression de Montesquieu, on payait, au Pérou, les peines de la loi.

M. Lacaze. Quel était le taux légal au Pérou?

M. Wolowski. Il était, je crois, de 8 ou 10 p. 100. Mais le taux de l'intérêt avait été, de fait, porté jusqu'à 50 p. 100 à cause des menaces de la loi contre ce qu'elle appelait des intérêts usuraires.

Au Chili, sous l'empire d'une législation qui limitait le taux de l'intérêt à 6 p. 100, ce taux était monté à 2 et 3 p. 100 par mois. Après l'abrogation de la loi limitative, le taux de l'intérêt est tombé à 1 1/2 et 1 1/4 p. 100 par mois. Aujourd'hui, le taux courant moyen est de 8 p. 100 par an.

Revenons aux pays d'Europe, et mentionnons quelques résultats plus ou moins favorables, obtenus à la suite de la suppression de la limitation du taux d'intérêt.

En Espagne, l'abrogation de la limitation du taux d'intérêt n'a pas produit de mauvais résultats.

Dans plusieurs États d'Allemagne, cette suppression a été prononcée; ce sont de petits États, mais leur exemple gagne.

Il y a deux groupes dans lesquels on peut ranger les différents pays de la Confédération germanique.

Dans le premier se trouvent les États qui ont abrogé la loi relative à la limitation du taux de l'intérêt en matière commerciale, en la maintenant fixée à 6 p. 100 en matière civile, avec une disposition qui serait assez difficilement acceptée chez

Digitized by Google

nous, et qui témoigne des mœurs un peu patriarcales de ces pays : c'est qu'en dehors des cas où l'on peut emprunter au-dessus de 6 p. 100, il faut avoir la permission spéciale de l'autorité.

Dans le second se trouvent les États où la limitation est supprimée d'une manière absolue en matière civile et commerciale et dans lesquels, à l'aide des dispositions de la loi pénale, fortifiées des peines qu'elle édicte contre le dol, on a essayé de frapper au cœur ce qui est l'usure véritable, indépendamment du taux de l'intérêt, c'est-à-dire l'abus des relations entre l'homme qui possède un certain capital et le malheureux qui est à sa merci et dont il essaye de tirer un bénéfice énorme, sans se laisser arrêter par aucune considération de pitié.

C'est là le but que les législateurs allemands ont poursuivi. Ce but est-il atteint dans la pratique ? Je n'oserais l'affirmer. Il faut laisser faire le temps ; il y aurait quelque témérité à se prononcer d'avance sur les résultats.

Pour mon compte, c'est dans cette direction que je préférerais voir le législateur français s'engager. Je ne me dissimule pas les difficultés de l'entreprise, ni ce qu'elle a de délicat, mais enfin, s'il y a un essai à tenter pour réprimer l'usure véritable, c'est de ce côté; on ne pourra qu'échouer si l'on persiste, par suite d'une confiance mal fondée, dans des règles dont l'inefficacité et les mauvaises conséquences nous ont été démontrées par l'expérience accomplie sous nos yeux.

M. le Président. Voulez-vous nous indiquer les États allemands auxquels vous faites allusion, et citer les textes de leurs législations ?

M. Wolowski. Des États nombreux ont, suivant l'expression employée par M. Rizy, séparé la notion de l'*usure punissable* de la fixation d'une taxe de l'intérêt « en répondant aux seules tendances admises par la science moderne. » Telles sont les dispositions des lois pénales du duché de Bade (6 mars 1845), du grand-duché de Saxe-Weimar-Eisenach (20 mars 1850), de la principauté de Schwarzbourg-Sondershausen (15 mars 1850), de la principauté de Schwarzbourg-Rudolstadt (26 avril 1850), du duché d'Anhalt-Dessau (28 mai 1850), du duché d'Anhalt-Koethen (même date), du duché de Saxe-Meiningen

Digitized by Google

(25 juin 1850), du duché de Saxe-Cobourg-Gotha (29 novembre 1850), de la principauté de Reuss (14 avril 1852), du royaume de Prusse (14 avril 1851), du duché d'Anhalt-Bernbourg (22 janvier 1852), de la principauté de Waldeck et Pyrmont (15 mai 1855).

Le caractère de ces lois se trouve le mieux mis en saillie dans le Code de Saxe-Weimar-Eisenach : celui qui exploite un état notoire de détresse ou de légèreté d'esprit (Leichtsinn) de l'emprunteur, pour se faire consentir, par suite d'un prêt ou de toute autre convention, un taux légal, ou d'autres avantages qui dépassent cette mesure, doit être puni d'une amende qui ne saurait être inférieure au double, ni supérieure au décuple de l'avantage ainsi stipulé. — La somme prêtée ne saurait être confisquée. — Le taux légal est de 6 p. 100 par an (art. 286). — L'article 287 poursuit l'application du même principe, au cas où ces stipulations s'appliquent au retard apporté dans le remboursement, et l'article 288 frappe de la même peine tout mode détourné, employé pour voiler cette perception. Si le débiteur a été trompé, de manière à ne pas connaître le montant véritable de l'intérêt exigé, ou les autres conditions imposées pour voiler la portée réelle du contrat, les peines ordinaires en matière de fraude se trouvent toujours applicables.

La nouvelle législation allemande, en fait d'usure, est conçue d'après l'idée générale suivante :

1° L'action en justice est refusée pour tous intérêts qui excèdent le taux légal ;

2° La pénalité n'atteint pas que les entreprises cupides à l'égard desquelles il est possible de constater une extorsion coupable, exercée vis-à-vis du débiteur.

Déjà des lois pénales antérieures avaient nettement accusé la même tendance : Bavière, 16 mai 1813 ; Holstein-Oldenbourg, 10 septembre 1814 ; Wurtemberg, 1er mars 1839 ; Brunswick, 10 juillet 1840 ; principauté Lippe-Detmold, 18 juillet 1843 ; Hanovre, 8 août 1840 ; Saxe-Altenbourg, 9 mai 1841 ; Hesse, 17 septembre 1841. — Tous ces codes visent à affranchir de l'idée de criminalité la simple perception d'un intérêt supérieur au taux légal, en limitant le délit, l'*usuraria pravitas*, à une culpabilité morale, indépendante de la transgression de la taxe. Nous citerons ici les dispositions admises dans le Wurtemberg : la perception d'un intérêt supérieur au taux

Digitized by Google

légal n'entraîne que les suites prévues par le droit civil ou les lois de police, excepté quand le prêteur, dans le but de tromper l'emprunteur, a déguisé le taux véritablement stipulé. Dans ce cas s'appliquent les peines portées contre la fraude. — Les prescriptions relatives au taux légal ne s'appliquent point aux prêts contractés par les personnes qui ont le droit de souscrire des lettres de change (Wechselfähigkeit), aux prêts des communes, aux prêts autorisés par l'autorité locale, aux emprunts publics, à ceux contractés par une association soumise à la surveillance de l'État et aux prêts des monts-de-piété.

La législation belge, qui a été, je crois, communiquée à la commission, s'engage dans la même direction que la législation moderne de l'Allemagne.

En général, le mouvement des esprits est porté vers l'abolition des taxes limitatives, même chez les hommes qui reconnaissent le délit d'usure ; ils croient qu'il y a là un acte punissable que le législateur doit atteindre, mais ils ne rattachent pas ce délit à la limitation d'une taxe, ni à la violation de cette limitation.

Les dispositions du Code général de commerce pour les États allemands ont porté une atteinte décisive aux lois limitatives du taux de l'intérêt. En première ligne vient la faculté d'émettre des lettres de change, ouverte à tous les citoyens capables de contracter. Comme, en général, le prêt, en matière de lettre de change, n'est point assujetti à la limitation d'intérêt, on échappe par ce moyen au reste des restrictions conservées.

Pour en finir avec ce qui concerne l'Allemagne, je rappellerai ici, surtout à titre de curiosité historique, que Joseph II, avant les lois françaises de 1789, avait rendu applicable la liberté du taux de l'intérêt en Autriche. Les circonstances qui marquèrent ces temps difficiles non-seulement pour la France, mais encore pour le continent européen tout entier, ont fait revenir sur cette mesure en 1803, comme on l'a écartée en France en 1807. Ce n'est donc pas la France qui a pris les devants ni pour proclamer le principe nouveau, ni pour revenir en arrière.

J'oubliais, je crois, de citer la loi de 1857 qui, sur la proposition du comte de Cavour, a supprimé les dispositions relatives au taux de l'intérêt en Sardaigne, et de rappeler que l'Algérie et les colonies françaises en sont affranchies. Fau-

Digitized by Google

drait-il donc, en maintenant la loi de 1807, dire : « Vérité au delà de la Méditerranée ou de l'Océan, erreur en deçà? »

3e *Question.* — Je répondrai qu'il y a des différences entre les mœurs et la situation économique et politique de la France et celles des autres pays où la limitation du taux de l'intérêt a été supprimée; mais ces différences sont toutes à l'avantage de la France. Les institutions plus libres, l'émancipation plus complète de l'individu, du citoyen, sont de nature à fournir un argument *a fortiori* pour la solution de la question qui nous occupe. Excepté l'Angleterre, vis-à-vis de laquelle il y aurait quelque présomption à vouloir invoquer ces idées de prééminence, examinez les États du continent, et je crois que vous penserez comme moi qu'il n'y a pas trop d'orgueil à dire que le peuple français se trouve au moins aussi avancé que les autres; par conséquent les mesures relatives à l'abolition de la limitation du taux de l'intérêt peuvent se naturaliser en France avec plus de chances de succès que dans les pays dont je viens de parler.

4e *Question.* — Je crois qu'il y aurait utilité à fixer un taux légal de l'intérêt, dans le cas de suppression du maximum. Ce besoin n'est pas douteux, en cas d'intérêts du retard, ou en l'absence d'une stipulation précise.

5e *Question.* — Quant à la différence entre le taux légal de l'intérêt commercial et le taux légal civil, je suis d'avis que le mouvement général des affaires tend à effacer cette distinction.

Je me bornerai à répondre très-brièvement aux questions spéciales, et d'abord à celles qui sont relatives à l'intérêt en matière commerciale.

§ Ier. DE L'INTÉRÊT EN MATIÈRE COMMERCIALE.

1re *Question.* — La loi de 1807 n'est pas exécutée en matière commerciale; elle ne peut pas l'être. Les dispositions relatives à la Banque de France ne permettent pas aujourd'hui de l'appliquer.

Il y aurait ici à faire valoir des considérations très-importantes dans lesquelles je n'entrerai point. Je signalerai seulement les raisons très-graves qui militent en faveur de la sup-

Digitized by Google

pression absolue de la loi de 1807, au point de vue des nouveaux principes de liberté commerciale qui nous régissent. Il y a là tout un ordre d'idées dans lesquelles l'heure avancée ne me permet pas d'entrer et qui probablement ont été développées déjà devant la Commission.

Je me bornerai à dire que les reproches adressés aux lois relatives à la Banque de France me semblent tout à fait injustes ; ils tiennent à l'idée erronée qu'on se fait du capital, auquel il faut une liberté entière et qu'aucune disposition législative ne parviendra jamais à réglementer. Il y a longtemps qu'un auteur italien a dit : « le capital est un oiseau ; on essayera vainement de l'enfermer dans une cage, il saura toujours l'ouvrir et s'envoler, il ne peut être retenu ou rappelé que par l'appât du profit. » Vouloir diminuer le profit et vouloir en même temps doter le pays de ce nerf de la guerre et du commerce, qui est le capital, c'est une contradiction. Le capital est une force essentielle des États modernes, le législateur ne doit rien faire qui puisse la diminuer. C'est le motif qui me faisait dire tout à l'heure qu'il n'y aurait rien de plus fâcheux que l'application exacte de la loi de 1807, parce que le capital s'en irait ailleurs ; on ne parviendrait pas à le retenir et le pays souffrirait considérablement.

L'abaissement *forcé* du taux de l'intérêt est une chimère ; ce taux est réglé par la loi du profit. Vouloir le réduire en exerçant une pression quelconque, c'est aller contre le but qu'on prétend atteindre. On arrivera ainsi à avoir moins de prêteurs, moins d'épargnes, moins de capitaux, et à expulser, au profit des étrangers, une partie des forces vives du pays. Que dire des lois qui risquent de faire le plus de mal, alors qu'elles sont strictement obéies ?

2e *Question.* — A mes yeux, il ne saurait y avoir de distinction entre le prêt et l'escompte.

3e *Question.* — L'influence des mesures par lesquelles la Banque élève son escompte au-dessus de 6 0|0 ne peut que faire tomber de plus en plus en désuétude la loi de 1807. En ce qui touche la Banque, la loi de 1857 est favorable, et la sagesse des tribunaux écarte les embarras qui pourraient se produire dans les autres relations qui ne se trouvent pas touchées par les lois relatives à la Banque de France.

Digitized by Google

4e *Question.* — Naturellement je me prononcerai pour l'affirmative ; il y a utilité à affranchir de toute limite les prêts et les escomptes en matière commerciale.

5e *Question.* — Je repousserais, au contraire, énergiquement la pensée qui attacherait au taux de l'intérêt de la Banque de France le pouvoir exorbitant de fixer, en quelque sorte, le caractère délictueux des actions : cela me paraîtrait monstrueux; c'est un pouvoir qui ne pourrait pas être délégué à un conseil d'administration de la Banque, quelque honorable qu'il soit.

Je passe aux questions relatives à l'intérêt en matière civile.

§ 2. DE L'INTÉRÊT EN MATIÈRE CIVILE.

1re *Question.* — C'est ici que les objections se multiplient, mais je crois que les limitations ne servent absolument à rien.

J'ai apporté ici un document qui date de près de vingt ans, mais qui a conservé le même intérêt, car la situation n'est guère changée en France; c'est une enquête qui a été faite auprès des conseils généraux, en 1845, sur les questions relatives au crédit agricole et au crédit foncier. Le gouvernement a demandé alors aux conseils généraux quelle était la situation des choses, si la loi de 1807 était appliquée, et quel était le taux de l'intérêt dans les diverses transactions passées dans nos campagnes.

Les réponses sont désolantes. Vous trouverez dans ce document communiqué aux conseils généraux de l'agriculture, des manufactures et du commerce, dans la session de 1845 et 1846, un passage comme celui-ci : « 57 départements font connaître que les emprunts n'y peuvent être contractés par l'agriculture qu'à un taux toujours supérieur au taux légal, soit par des conventions usuraires, soit par suite de frais indispensables. »

Il y a un département, celui de la Creuse, pour lequel la réponse est ainsi conçue :

« Le taux réel pour les petits emprunts s'élève quelquefois jusqu'à 100 p. 100. »

J'appelle, Messieurs, votre attention sur ce document ; il me semble prouver que le but poursuivi par le législateur de 1807 a été manqué.

Digitized by Google

2e *Question.* — L'influence des placements effectués sur les fonds publics et sur les valeurs de bourse a été de rendre la position bien plus difficile pour le crédit civil; l'argent est devenu plus rare pour les prêts civils, précisément parce qu'il a pu se porter sur des placements nombreux, solides et procurant des revenus considérables, qui rayonnent à présent sur tout le territoire. Les rapports sont devenus faciles, les chemins de fer ont mis en contact toutes les populations, et les emplois en rentes, en actions et en obligations françaises et étrangères, sont un motif pour rendre la révision de la loi actuelle singulièrement urgente.

3e *Question.* — Vous me permettrez de ne répondre qu'à la dernière partie de cette question; il y aurait peut-être un côté par lequel on pourrait envisager, comme inspirée par une préoccupation personnelle, la réponse favorable que je ferais sur le premier paragraphe [1]. Je suis convaincu que l'influence exercée par l'établissement du Crédit foncier a été considérable; elle ne se traduit pas seulement par les sommes importantes que cet établissement a déjà prêtées, et qui approchent de 700 millions de francs, mais encore par les facilités qu'il a imprimées à d'autres transactions et par la diminution des exigences pour les prêts consentis par les voies ordinaires.

Le taux auquel prête le Crédit foncier ne dépasse pas le chiffre de 6 fr. 05 cent. par an, en y comprenant les frais d'administration et l'amortissement.

4e *Question.* — La loi de 1807 est mal exécutée en matière civile. Elle ne l'est qu'au détriment de l'emprunteur, elle contribue à empirer sa position.

5e et 6e *Questions.* — J'ai déjà répondu par avance à ces deux questions.

7e *Question.* — En supprimant dans cette question, par le motif précédemment indiqué, les mots « comme dans la légis-

[1] Il se rapportait aux résultats obtenus par l'introduction du crédit foncier en France. On sait que M. Wolowski y a consacré ses efforts depuis 1834; auteur de propositions soumises à l'Assemblée constituante et à l'Assemblée législative, il a été le fondateur du grand établissement qui fonctionne avec un succès de plus en plus considérable.

Digitized by Google

lation anglaise » je répondrai que je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer entre le prêt hypothécaire et le prêt non hypothécaire.

8e *Question.* — En ce qui concerne la distinction à faire entre le prêt à court terme et le prêt à long terme, il serait utile d'admettre, comme on l'a fait en Sardaigne, une disposition que je regarde comme très-efficace contre l'exagération du taux de l'intérêt, c'est celle qui consacre la faculté, pour l'emprunteur, de se libérer par anticipation, et de rembourser avant l'échéance, nonobstant toute stipulation contraire, quand le taux est supérieur à l'intérêt légal. Je crois que c'est la meilleure mesure que l'on puisse prendre.

Dans plusieurs États de l'Allemagne, quand le taux stipulé dépasse l'intérêt légal, le débiteur peut dénoncer le contrat de mois en mois, tandis que le prêteur n'est libre de demander son argent qu'après six mois révolus.

M. le Président. Cette mesure, vous en êtes sûr, existe au delà des Alpes ?

M. Wolowski. Je le crois, Monsieur le Président : c'est M. de Cavour, si mes souvenirs sont fidèles, qui l'a fait établir. Du reste, c'est le principe appliqué à nos anciennes rentes foncières.

9e *Question.* — Je n'ai pas besoin de m'expliquer sur cette question. Le document dont je viens de vous parler y répond d'une manière beaucoup plus complète que je ne saurais le faire.

M. le Président. Les notaires que nous avons entendus ne confirment pas cette appréciation, ou du moins la persistance de l'état de choses signalé par le document dont nous avons parlé.

M. Wolowski. Je crois qu'il y a un élément dont les notaires ne tiennent pas compte.

M. Lacaze. Les frais ?

M. Wolowski. Oui, il y a les frais d'abord ; ensuite il y a les actes qui restent inconnus, dont on ne se plaint pas, dont ceux qui y sont intervenus ont intérêt à ne pas se plaindre. Il se passe en cette matière les faits les plus étranges. D'un côté,

Digitized by Google

les emprunteurs reconnaissent l'avantage dont les fait profiter le prêt consenti à un taux qui dépasse le taux légal ; d'autre part, l'usure se déguise de mille manières, difficilement saisissables, et s'aggrave par le défaut de concurrence des prêteurs, et par le *danger des peines de la loi,* dont le malheureux débiteur doit tenir compte à beaux deniers ou par des sacrifices accessoires.

Je me rappelle, à ce sujet, le discours d'un député de l'Alsace, M. Cassal, mon ancien collègue à l'Assemblée législative, lorsque cette question y a été discutée en 1850 ; il a donné les renseignements les plus curieux sur les diverses ruses auxquelles les usuriers, et notamment les juifs alsaciens, ont recours pour arracher aux malheureux paysans des sacrifices qui finissent par les réduire à une situation déplorable ; tel est le fait d'emmener une vache pour consentir un renouvellement. Cela n'entre pas dans le taux de l'intérêt; mais cela n'en ruine pas moins le paysan. Le discours de M. Cassal est rempli d'exemples de ce genre ; il prouve l'inefficacité de la loi actuelle.

10e *Question.* — J'ai déjà répondu à cette question.

11e *Question.* — Je crois qu'en effet il peut y avoir quelque mal à redouter durant l'époque de transition ; je ne serai pas assez hardi dans mes affirmations pour prétendre qu'il n'y aura pas d'abus.

Toutes les choses humaines sont sujettes à des abus; il faut mesurer les inconvénients et les avantages. La législation actuelle pèse plus encore sur les conventions considérables que sur les petites conventions, sur les petits prêts qui se font dans nos campagnes. Pour ceux-là l'usure existe et existera toujours en dépit des dispositions de la loi. Peut-être que des dispositions pénales, distinctes de celles qui sont relatives au taux de l'intérêt, pourraient atteindre les véritables usuriers et en diminuer le nombre; mais il ne faut pas croire qu'ils disparaîtront du jour au lendemain. Je crois qu'il faudra se réjouir si le mal se trouve amoindri ; c'est le seul résultat auquel on doive prétendre.

12e *Question.* — Le centre qui m'est le mieux connu, c'est Paris, et je pense qu'à Paris l'opinion s'est prononcée, d'une manière presque unanime, pour la révision de la loi de 1807. C'est le sentiment des personnes avec lesquelles je me trouve

Digitized by Google

en contact par suite des occupations auxquelles je me livre. Comme professeur au Conservatoire des Arts et Métiers, j'ai des rapports assez nombreux avec les commerçants; je n'en ai pas encore rencontré qui protestent contre la révision de la loi de 1807, tous au contraire sont unanimes pour demander cette révision.

M. LE PRÉSIDENT. N'avez-vous rien à nous dire sur les deux points qui sont indiqués dans le supplément au Questionnaire?

M. WOLOWSKI. J'aurai quelques observations à présenter.

QUESTIONS SUPPLÉMENTAIRES.

1re *Question.* — Cette question est extrêmement délicate; elle a été agitée tout dernièrement. Peut-être y aurait-il quelque chose à faire à cet égard; peut-être sous une forme ou sous une autre, les principes admis en matière de vente et qui permettent la rescision dans certaines circonstances, pourraient-ils être déclarés applicables? Le *louage* d'argent ne saurait échapper aux dispositions du droit commun; il importe au contraire de l'y ramener, de ne pas le laisser à l'état de contrat exceptionnel. Un économiste célèbre de l'Allemagne, M. Rau, croit qu'il serait utile de conserver une taxe de l'intérêt, en la portant au double de l'intérêt courant, et de tenir en suspicion, — non pas de frapper d'une peine, mais seulement de tenir en suspicion, — les transactions qui auraient pour base un intérêt supérieur.

J'hésite à croire qu'il y eût un avantage à cette fixation de l'intérêt licite à un taux aussi élevé. Aussi, en dehors des considérations que j'ai eu l'honneur de développer devant la Commission, je ne suis pas pour une modification des limites actuelles; je suis pour leur suppression.

Il y a quelque danger à élever trop haut la limite, parce que c'est un point de mire sur lequel les transactions pourraient avoir une tendance à se régler. On risquerait d'aggraver la situation, au lieu d'arriver à un certain abaissement dans le taux de l'intérêt, ce qu'on ne peut obtenir, je le reconnais, par des moyens factices, puisque c'est toujours la masse des capitaux qui en détermine le loyer. L'influence qui pourrait être exercée par la législation serait une influence dans le sens de la hausse par la perspective d'un intérêt très-élevé.

Digitized by Google

Mais, lorsqu'il y aura des stipulations d'intérêt qui dépasseront d'une manière énorme le taux fixé comme intérêt légal, — nous avons admis qu'il doit toujours y avoir un intérêt légal au silence des conventions, — lorsque, par exemple, l'intérêt sera porté au double, qu'il y ait là un motif de suspicion, je ne serais pas éloigné de l'admettre : il est possible que ce soit là un élément de solution de la question posée par le Conseil. Je ne l'affirme pas; mais j'aurais quelque tendance à le croire.

2e *Question.* — Il y a deux branches dans la question, et je pense que la tendance que j'ai signalée, la tendance des législations allemande et belge est de nature à être approuvée. La solution sera difficile à formuler, mais je crois qu'il faudrait entreprendre cette recherche ; c'est de ce côté, en dehors de toute fixation d'un taux absolu d'intérêt, qu'il y aurait quelque chose à faire. Il faudrait arriver à donner satisfaction au sentiment moral, en séparant la question du délit d'usure de la limitation du taux de l'intérêt; il faudrait concentrer le délit dans les manœuvres frauduleuses, dans l'exploitation coupable des passions ou de la détresse d'autrui, au moyen d'un bénéfice exorbitant. Toute limite mécanique, uniforme, absolue, substitue l'arbitraire au droit. Quant aux limitations d'intérêt, je les crois mauvaises; je les crois aussi mauvaises, au temps où nous vivons, que l'interdiction absolue de percevoir aucun intérêt l'était dans le passé. Le résultat est le même, et Montesquieu a eu parfaitement raison, je ne saurais trop le répéter, de dire que cela ne servait qu'à *faire payer les peines de la loi* et qu'à aggraver la situation de l'emprunteur.

Je vous demande pardon, Messieurs, de vous avoir entretenus aussi longtemps. A la fatigue que j'éprouve, je juge de la vôtre ; mais cette question est de celles qui intéressent au plus haut degré ceux qui les examinent : on se laisse aller en les traitant à des développements, qu'on aurait dû éviter dans l'intérêt de ceux qui vous écoutent.

M. le Président. La Commission ne trouve pas du tout que vous ayez été trop long ; elle n'a qu'à vous remercier de votre déposition si instructive à tous les points de vue.

Digitized by Google

EXAMEN DE LA LOI

SUR LES ATTRIBUTIONS DES CONSEILS MUNICIPAUX.

Par M. Auguste Pougnet,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Le 24 juin 1863, S. M. l'Empereur, par une lettre insérée au *Moniteur*, dénonçait au ministre présidant le Conseil d'État les excès de la centralisation administrative, et y dessinait à grands traits le plan d'une réforme dont Sa Majesté déclarait l'urgence. L'Empereur entrait ainsi franchement dans un courant très-prononcé de l'opinion publique, et donnait un vif élan aux idées de réaction qui, depuis quelques années, ont fait de grands progrès contre le caractère préventif à l'excès de nos institutions administratives. C'est donc dans cette lettre qu'il faut voir la véritable initiative des réformes qu'ont introduites dans l'administration départementale et l'administration municipale les lois votées par le Corps législatif en 1866 et en 1867; et nous pourrions presque dire que, pour bien apprécier ces lois et savoir s'il convient de leur donner des éloges, il suffirait d'en rapprocher le texte de celui de la lettre impériale, et de se demander si elles se sont complétement inspirées de l'idée féconde qui l'avait dictée.

Dans une savante dissertation [1], M. Serrigny a récemment étudié la première de ces deux lois, relative aux attributions des conseils généraux; c'est de la seconde que nous voulons nous occuper aujourd'hui, non pour en commenter un à un tous les articles et en étudier toutes les dispositions, mais pour l'examiner d'un coup d'œil d'ensemble, et nous demander si cette loi est vraiment décentralisatrice de l'administration proprement dite, et dans quelle mesure elle réalise les promesses du 24 juin 1863.

Ce n'est donc pas une analyse, encore moins un commentaire, que nous proposons de la loi nouvelle; c'est un simple jugement que nous en voulons porter, en prenant pour critérium l'idée décentralisatrice au nom de laquelle elle a été

[1] *Revue crit.*, mars 1867.

Digitized by Google

présentée, discutée et votée; pour porter ce jugement, nous ne nous placerons pas au point de vue de la politique, et nos appréciations ne franchiront point le domaine de la doctrine pure.

I. Le mot *décentralisation* n'est point de ceux qui expriment une idée tellement claire par elle-même, que toute définition en devienne superflue; si, chez tous ceux qui en prononcent le nom, la décentralisation suppose un certain nombre d'idées communes, générales, synthétiques, il s'en faut et de beaucoup que le même accord subsiste lorsqu'il s'agit de donner à ces idées un corps, si je puis ainsi parler, et de les faire passer du domaine des abstractions générales sur le terrain des applications concrètes et positives. Et ce désaccord, il faut bien le remarquer, n'est pas seulement en ce qui touche la mesure dans laquelle il est opportun de simplifier les compétences ou de modifier les attributions : en cela, parmi les décentralisateurs, les uns vont dans la même voie plus loin que les autres, et rien n'est plus simple ni moins inévitable que ces nuances d'une même opinion; mais ce désaccord est aussi, — j'allais dire surtout, — lorsqu'il s'agit de savoir ce qu'est à proprement parler la décentralisation, à quels caractères on doit reconnaître qu'une loi votée, une mesure prise sont ou ne sont pas vraiment décentralisatrices. Le mot *décentralisation*, dans les polémiques actuelles, a ainsi un grand avantage : celui d'exprimer, dans sa vaste acception, tout un ensemble de doctrines politiques logiquement reliées entre elles; mais ce mot a un inévitable défaut, qui est, dans l'application de ces doctrines, de prêter aux malentendus. Je voudrais donc trouver de la décentralisation une définition qui en dît plus que le mot lui-même, et pût être considérée comme scientifique; peut-être cette recherche n'est-elle pas un préalable inutile à l'étude d'une loi qui veut être décentralisatrice et n'a de valeur que tout autant qu'elle l'est en effet.

Sans vouloir tracer ici le tableau des transformations que subit une société, — familles au début, bourgades ensuite, peuplades ou tribus mêlant peu à peu leur existence, — pour devenir enfin une nation, c'est-à-dire un peuple avec tous les caractères qui le distinguent des autres groupes humains, et dont les mœurs, le langage, les traditions historiques, le territoire, la religion même déterminent l'individua-

Digitized by Google

lité, sans nous égarer dans ces voies quelquefois obscures, nous devons cependant remarquer que si tous les peuples débutent par l'état patriarcal pour aboutir à l'organisation politique, les développements de cette organisation sont nécessairement *successifs;* la famille précède la bourgade ou commune; la commune précède la province, et, comme un groupe de familles a constitué la commune, comme un groupe de communes a formé la province, le groupe des provinces constitue la nation. Mais cet état social crée entre les hommes des relations de droits et de devoirs réciproques; la puissance publique est là, chargée du soin de régler ces relations, c'est-à-dire de déclarer le droit et de le faire respecter; c'est le chef de famille, si la relation n'existe qu'entre deux membres de la même famille; ce sont les chefs de famille assemblés, si la relation est de famille à famille; c'est une autorité plus haute encore, si la relation engage un intérêt qui dépasse le cercle de la bourgade ou commune; — c'est qu'en effet, à mesure que plusieurs groupes déjà constitués se rapprochent, et par le seul développement de la vie sociale s'unifient et forment un groupe nouveau, quand par exemple plusieurs communes en arrivent à se fondre en une province, un pouvoir nouveau s'est en même temps constitué, dont la mission propre est de régir les relations *nouvelles*, plus compliquées, plus générales, qui résultent de la réunion de ces communes désormais fédéralisées en une province; mais ce pouvoir, dont la nécessité ne se fait sentir que par l'existence de relations *nouvelles*, reste de sa nature étranger aux relations antérieures qui n'engagent qu'une fraction de la province, et peuvent être ainsi considérées comme étant particulières à une partie relativement à toutes les autres parties. Lorsque le pouvoir communal a surgi, le chef de famille n'en a pas moins conservé intacte la puissance de régler la relation qui est exclusivement une relation de famille; de même ce pouvoir communal, quand l'autorité provinciale est constituée, conserve la puissance de régler les relations purement communales; et ainsi successivement de tous les pouvoirs, locaux ou supérieurs, dont l'ensemble, dans une nation policée, constitue la puissance publique, le Souverain. Ce qu'il faut donc retenir avec soin de cette gradation des pouvoirs, c'est que lorsqu'un pouvoir nouveau et supérieur se constitue, il n'usurpe pas sur ceux

Digitized by Google

qui l'ont précédé, parce qu'il naît de besoins nouveaux, et ne s'applique qu'à des relations nouvelles et plus générales; les pouvoirs précédents doivent donc rester indépendants dans le cercle plus limité de leur action propre. — En telle sorte que si tous les pouvoirs publics, depuis le chef de famille jusqu'au chef de l'État, doivent être théoriquement considérés comme formant ensemble une puissance unique par son essence, néanmoins ces pouvoirs, dans leurs expressions concrètes, ayant chacun des devoirs propres, ont chacun, pour les remplir, des attributions propres, et par suite, demeurent respectivement indépendants, quoique reliés les uns aux autres. C'est ce que l'on exprime d'un mot, en disant que les sociétés humaines sont un *organisme* : tous les organes concourent donc à un but commun : la vie sociale; mais chacun d'eux a une fonction propre que seul il peut remplir, et par conséquent des forces et des attributions propres.

Me voici, grâce à cette très-simple remarque, bien près de la définition que je cherche.

Dans ce partage des attributions entre les divers pouvoirs, partage commandé par la nature locale ou générale de la relation qui appelle l'exercice de la puissance publique, supposez qu'en tous points le rapport ait été exactement saisi entre la nature de la relation et la compétence du pouvoir auquel le règlement en est confié, de telle sorte que *toutes* les affaires *locales* aient été maintenues au règlement de la puissance locale, et que toutes les affaires générales aient été remises à la décision du pouvoir supérieur, — de ce pouvoir que dans le langage de notre droit public on appelle pouvoir central (législatif ou exécutif); dans un tel cas, il n'y a pas lieu de parler de centralisation ou de décentralisation : les mots même n'ont pas de raison d'être, car la hiérarchie est parfaite. Supposons au contraire que, dans le partage des attributions, l'on ait confié aux pouvoirs locaux la décision d'affaires qui ne sont pas purement locales, ou au pouvoir central la décision d'affaires qui de leur nature doivent être tenues pour locales; il y a lieu dans le premier cas de centraliser, c'est-à-dire d'étendre les attributions du pouvoir central; dans le second cas, il faut décentraliser, c'est-à-dire rendre aux pouvoirs locaux la décision des affaires qui lui ont été à tort soustraites; le critérium *théorique*, pour le départ des attributions entre

Digitized by Google

les pouvoirs locaux et le pouvoir central est donc, non pas l'importance ou la nature en soi de l'affaire, mais bien son caractère *local* ou *général*.

Or l'opinion publique, celle à laquelle les lois de 1866 et 1867 ont voulu donner satisfaction, est que nos institutions administratives ont, d'une part, remis à la décision du pouvoir central des affaires qui, vu leur caractère local, appartiennent aux pouvoirs locaux, et d'autre part ont donné au pouvoir central une part d'action trop considérable pour la décision même des affaires attribuées néanmoins aux pouvoirs locaux.

La décentralisation, c'est donc la restitution aux autorités locales 1° des attributions que la loi leur a à tort enlevées pour les conférer aux autorités centrales; 2° de leur indépendance pour l'exercice de leurs attributions légitimes. Cela sans doute paraît fort simple, et plus d'un lecteur peut-être m'accusera de prouver assez naïvement l'évidence; et cependant je n'ai pas pensé qu'il fût inutile de dégager de ses principes cette définition de la décentralisation, parce que je remarque aujourd'hui dans l'école décentralisatrice une certaine tendance à faire dévier la question et à la poser, non plus entre la puissance centrale et la puissance locale, mais bien entre le pouvoir exécutif et les corps électifs; or la question ainsi posée est fort intéressante comme question de liberté politique; mais elle n'est plus à proprement parler la question de décentralisation administrative.

Telle étant la décentralisation, il y a deux manières de décentraliser, dont chacune, isolée de l'autre, me paraît insuffisante, quoique fort digne d'être appréciée. On peut décentraliser, 1° en augmentant le nombre des attributions confiées aux pouvoirs locaux, sans modifier d'ailleurs l'organisation de ces pouvoirs; 2° en donnant à ces pouvoirs, sans modifier leurs attributions, et par une organisation nouvelle, une indépendance plus entière au regard du pouvoir central : pour décentraliser sérieusement, il faut employer et combiner ces deux modes d'action. — La lettre du 24 juin 1863 ne laissait rien entrevoir du second; la loi récente ne s'est pas davantage engagée dans cette voie, et tout au contraire, dans celles de ses dispositions qui touchent à l'organisation du pouvoir municipal, elle a plutôt fait un pas en arrière; elle a voulu faire seulement de la décentralisation par voie d'attributions. Il faut

Digitized by Google

donc enfin comparer cette loi à celles de 1837 et 1855, et juger la réforme par le progrès accompli.

II. Sauf en un point dont l'importance est sérieuse, et sur lequel nous aurons quelques observations à présenter, la loi nouvelle ne modifie pas la situation légale des maires et adjoints, ni quant à l'organisation ni quant aux attributions; c'est sur le conseil municipal surtout que s'est portée la sollicitude du Gouvernement et du Corps législatif. En ce qui touche l'organisation, la durée de leurs fonctions est portée de cinq à sept ans, et, par une modification contraire de la loi de 1855, la durée des pouvoirs des commissions municipales nommées par le gouvernement en remplacement des conseils dont il a cru devoir prononcer la dissolution, est limitée à un maximum. En ce qui touche les attributions, que le conseil exerce avec *souveraineté*, elles sont notablement étendues : c'est la part que l'on a voulu faire à la décentralisation; mais l'indépendance du conseil, en cas de dissentiment avec le maire, cesse d'être complète : c'est la compensation que le pouvoir central a demandée et que le Corps législatif n'a pas cru devoir lui refuser pour les concessions faites à la puissance du conseil municipal.

Il est permis de regretter, et ce sera notre première observation, que la loi nouvelle, qui est essentiellement une loi d'attributions, contienne cependant quelques dispositions organiques; la rédaction générale y perd en clarté, et l'intelligence parfaite de chacun des articles n'en est certainement pas facilitée. Le motif qui seul peut expliquer cette confusion, dans une même loi, de dispositions d'attributions et de dispositions organiques, c'est précisément que jusqu'à ce jour les lois antérieures avaient pris soin de bien diviser les unes et les autres. La loi organique était celle du 5 mai 1855; les lois d'attributions étaient celles du 18 juillet 1837, et les lois spéciales, toutes en vigueur, auxquelles renvoyait l'article 21 de la loi de 1837 : la pensée du gouvernement étant d'apporter des modifications et aux unes et aux autres, il a paru convenable de grouper ces modifications dans une seule et même loi qui se trouverait être ainsi le complément de toutes les autres. Il nous semble néanmoins qu'il eût été plus simple, soit de fondre en une seule loi celles de 1855 et de 1837, en en modifiant les articles que l'on ne voulait pas

Digitized by Google

conserver, soit, si l'on devait maintenir deux lois, l'une organique, l'autre d'attributions, de proposer alors deux projets, l'un modificatif de la loi de 1855, l'autre modificatif de la loi de 1837; l'on aurait eu ainsi, soit une loi complète, soit deux lois distinctes, mais se suffisant chacune à elle-même; grâce au mode de rédaction adopté, il y a maintenant trois lois : l'une organique, l'autre d'attributions, et la troisième réunissant les deux caractères; et ce n'est pas une petite difficulté de se rendre nettement compte, en lisant le texte de la loi nouvelle, du nombre et de l'importance des modifications que celle-ci apporte à la législation antérieure; il y faut une certaine étude, et c'est là un défaut dans la rédaction d'une loi dont le premier mérite devrait être celui de la clarté. Ce reproche dût-il être écarté, il en est un second que nous ne pourrions pas ne pas adresser aux rédacteurs de la loi; l'on voulait maintenir le cadre des classifications si nettes de la loi de 1837 et dans lesquelles les attributions du conseil municipal sont énumérées dans des articles distincts, suivant que ce conseil règle, délibère, ou est seulement consulté; eh bien, au lieu de reproduire ces classifications, sauf à en modifier les éléments en faisant passer dans l'une, soit des attributions nouvelles, soit celles des attributions comprises dans les autres que l'on en voulait distraire, la loi de 1867 procède seulement par voie de modifications partielles et d'énumération incomplète, laissant ainsi subsister celles des dispositions des lois antérieures qui ne sont pas contraires à la nouvelle loi; en sorte qu'il est tel des articles de la loi de 1837 contenant plusieurs alinéas, dont les uns sont supprimés, tandis que les autres demeurent en vigueur; il y a là, pour la simplicité de l'étude et la facilité de l'application, un incontestable inconvénient, et nous ne voyons pas quel avantage ce procédé de rédaction peut offrir en compensation.

Sous le bénéfice de ces critiques en la forme, quelles sont, au fond, les modifications apportées à notre régime municipal? Nous devons nous occuper d'abord, dans l'étude de la loi nouvelle, *des attributions;* nous apprécierons ensuite la portée des dispositions organiques.

Les attributions du conseil municipal, telles qu'elles étaient classées par la loi de 1837 étaient régulatrices, délibératives et consultatives.

Digitized by Google

Pouvoir régulateur et souverain, le conseil municipal *réglait* quelques-uns des intérêts locaux. Les décisions étaient exécutoires par elles-mêmes, si toutefois, dans le délai d'un mois, elles n'étaient pas annulées par le préfet, soit d'office, mais seulement pour violation d'une loi ou d'un règlement, soit sur la réclamation de toute partie intéressée. Le préfet pouvait au surplus en suspendre l'exécution pendant un second délai de trente jours; et enfin, même après l'expiration de ces délais, le préfet pouvait encore exercer son droit d'annulation pour les causes ci-dessus, et son abstention pendant les délais légaux avait pour effet de rendre la délibération du conseil municipal exécutoire dans le présent, mais non de la soustraire définitivement à l'action de l'administration supérieure. Ces attributions souveraines étaient seulement au nombre de quatre; et quant aux intérêts communaux, objet de ces attributions, ils présentaient le double caractère d'être de peu d'importance dans le présent et de ne point engager pour l'avenir les ressources de la commune. (Art. 17-18 de la loi du 18 juillet 1837.)

Pouvoir délibératif, le conseil municipal était appelé seulement à délibérer sur un certain nombre d'affaires locales encore, mais d'une importance plus considérable, et énumérées en l'article 19 de la loi de 1837. Ces délibérations n'étaient exécutoires que par l'approbation de l'autorité supérieure, à laquelle il est juste de reconnaître qu'ainsi, à proprement parler, la décision appartenait. Il faut remarquer au surplus que le préfet, pouvant ne pas approuver la délibération, ne pouvait pas y suppléer : son droit était plutôt un veto qu'un droit actif. Il est vrai que, dans la pratique, la distinction a peut-être peu de valeur; il est toujours facile d'imposer une délibération : il suffit de refuser d'en approuver aucune autre.

Enfin, *pouvoir consultatif*, le conseil municipal était appelé à donner son avis sur tous les autres objets d'intérêt local, énumérés dans la loi de 1837, art. 21, ou dans des lois spéciales, et ceux sur lesquels le préfet croirait devoir les consulter. Le caractère général de ces intérêts est d'être locaux, sans doute, mais de ne toucher qu'indirectement la commune considérée comme personne morale, et de ne la toucher directement que comme fraction du territoire national, comme membre du corps social. De là nécessité pour l'administration supérieure de

Digitized by Google

consulter le conseil municipal, et ce à peine d'annulation pour excès de pouvoir de toute décision prise sans cet avis préalable, mais réserve, pour l'administration supérieure, de la décision elle-même, et, par suite, du droit de ne pas conformer la décision à cet avis. Enfin l'article 13 de la loi du 5 mai 1855, donnant au pouvoir central le droit de suspendre ou de dissoudre le conseil municipal sans déterminer les causes pour lesquelles ce droit pourrait être exercé, pouvait devenir, entre les mains de la haute administration, un moyen indirect, mais puissant, de faire prévaloir sa volonté même dans la décision des objets réservés au pouvoir souverain du conseil municipal.

Tel était, en quelques mots, le système des attributions municipales.

La loi nouvelle élargit beaucoup le cadre des attributions souveraines. Désormais les conseils municipaux règleront :

1° Le mode d'administration des biens communaux. (Article 17 n° 1 de la loi de 1837.)

2° Les conditions des baux à loyer, des maisons et bâtiments appartenant à la commune, pourvu que la durée du bail ne dépasse pas dix-huit ans. — La loi de 1837 ne laissait à la décision du conseil que les conditions des baux ne dépassant pas dix-huit ans pour les biens ruraux et neuf ans pour les autres biens. (Art. 17, n° 2, et 19, n° 5 de la loi de 1837.)

3° Les affouages, en se conformant aux lois forestières. (Art. 17-3° de la loi de 1837.)

4° Le mode de jouissance et la répartition des pâturages et fruits communaux, autres que les bois, ainsi que les conditions à imposer aux parties prenantes. (Art. 17-3° de la loi de 1837.)

5° Les acquisitions d'immeubles, lorsque la dépense, totalisée avec celle des autres acquisitions déjà votées dans le même exercice, ne dépasse pas le dixième des revenus ordinaires de la commune. — L'article 19 n° 3 de la loi de 1837 n'appelait en aucun cas le conseil qu'à *délibérer*.

6° Les projets, plans et devis de grosse réparation et d'entretien, lorsque la dépense totale afférente à ces projets et aux autres projets de la même nature, adoptés dans le même exercice, ne dépasse pas le cinquième des revenus ordinaires de la commune, ni, en aucun cas, une somme de 50,000 francs.

Digitized by Google

— (Attribution simplement délibérative, même en ce cas, sous la loi de 1837, art. 19-6°.)

7° Le tarif des droits de place à percevoir dans les halles, foires et marchés. (Même observation, art. 19-2°.)

8° Les droits à percevoir pour permis de stationnement et de locations sur les rues, places et autres lieux dépendant du domaine public communal, et le tarif des concessions dans les cimetières. (Ce règlement appartenait au préfet. Décret du 25 mars 1852, tableau A, 47, 53.)

9° Les assurances des bâtiments communaux. (Art. 19 n° 3 de la loi de 1837.)

10° L'affectation d'une propriété communale à un service communal, lorsque cette propriété n'est encore affectée à aucun service public, et sauf les règles prescrites par les lois particulières. (Dérog. partielle à l'art. 19-3° de la loi de 1837.)

11° L'acceptation ou le refus de dons ou legs faits à la commune sans charges, conditions ni affectation immobilière, lorsque ces dons et legs ne donnent pas lieu à réclamation.

12° Lorsque le budget communal pourvoit à toutes les dépenses obligatoires et qu'il n'applique aucune recette extraordinaire aux dépenses, soit obligatoires, soit facultatives, les allocations portées audit budget par le conseil municipal pour des dépenses facultatives ne peuvent être ni changées ni modifiées par l'arrêté du préfet ou par le décret impérial qui règle le budget (art. 2 de la loi nouvelle). — C'est là une innovation importante; le conseil municipal, qui n'est appelé qu'à délibérer sur le budget (art. 19-1° et 33 de la loi de 1837), va désormais, dans certains cas, et sous certaines conditions, le régler en partie.

13° Les conseils municipaux peuvent aussi voter, dans la limite du maximum fixé chaque année par le conseil général, des contributions extraordinaires n'excédant pas cinq centimes pendant cinq années, pour en affecter le produit à des dépenses extraordinaires d'utilité communale.

14° Ils peuvent voter trois centimes extraordinaires *exclusivement affectés aux chemins vicinaux.*

15° Ils règlent encore les emprunts communaux remboursables sur les centimes extraordinaires votés comme il a été dit sous le n° 13 ou sur les ressources ordinaires, quand l'amortissement, en ce dernier cas, ne dépasse pas douze années. — Observons toutefois que, dans les cas prévus aux n°s 13, 14 et 15,

Digitized by Google

le conseil municipal s'adjoindra les citoyens les plus imposés de la commune. (Art. 6, § 2, de la loi de 1867, 42 de la loi de 1837.)

16° La suppression ou la diminution des taxes d'octroi; — la prorogation des taxes principales d'octroi pour cinq ans au plus;—l'augmentation des taxes jusqu'à concurrence d'un décime, pour cinq ans au plus. — Sous la condition, toutefois, qu'aucune des taxes ainsi maintenues ou modifiées n'excèdera le maximum déterminé dans un tarif général qui sera établi, après avis des conseils généraux, par un règlement d'administration publique, ou qu'aucune desdites taxes ne portera sur des objets non compris dans ce tarif. (Dérogation aux art. 8 de l'ordonnance du 9 décembre 1814 et 7 de la loi du 11 juin 1842, aux termes desquels nulle modification aux tarifs ne pouvait être faite, si ce n'est dans la forme où ils avaient été établis, c'est-à-dire par un décret rendu en conseil d'État.)

Nous avons cru devoir donner la liste complète des objets désormais remis à la décision définitive du conseil municipal, sauf le maintien de l'article 18 de la loi de 1837, c'est-à-dire sauf le droit pour le préfet d'annuler la délibération pour violation d'une loi ou d'un règlement, ou sur la plainte d'une partie lésée dans ses droits; cette énumération semblait nécessaire, parce que, grâce à la rédaction que nous avons déjà critiquée, les éléments en sont aujourd'hui épars dans les articles 17 de la loi de 1837, 1, 3, 9 de la loi de 1867, et que, pour saisir nettement la portée de cette dernière loi, il est indispensable de les réunir en un groupe. — Voilà la part faite au pouvoir propre du conseil municipal; mais la loi nouvelle fait subir à ce pouvoir une restriction importante, sur laquelle nous aurons bientôt à dire notre sentiment, et qui est ainsi formulée dans un alinéa final des articles 1, 3 et 9 : en cas de désaccord entre le maire et le conseil municipal, la délibération ne sera exécutoire qu'après approbation du préfet.

Pouvoir *délibératif*, le conseil municipal conserve les attributions qu'il tenait des lois antérieures, et que la loi ancienne n'a pas fait passer dans la catégorie des attributions régulatrices; il en acquiert quelques-unes, dont l'énumération fait l'objet des articles 5 (sous la condition rappelée en l'article 6, § 2), 10 et 11 de la loi. — Pouvoir simplement *consultatif* enfin, le conseil municipal ne voit pas sa situation notablement changée par la loi nouvelle.

Digitized by Google

On comprend assez, au surplus, qu'au point de vue décentralisateur, qui est le nôtre dans l'examen de cette loi, les modifications qui portent sur les attributions délibératives ou consultatives des conseils municipaux, sans être à dédaigner, n'ont cependant qu'une importance secondaire : ce n'est donc pas d'elles que nous désirons nous occuper, et nous devons concentrer toute notre attention sur les attributions régulatrices; c'est par celles-ci que le conseil municipal constitue vraiment un pouvoir : c'est là qu'il faut étudier sa force, son indépendance, parce que c'est là qu'est, à proprement parler, la vie communale.

A s'en tenir au nombre des attributions nouvelles données aux conseils municipaux, et abstraction faite de la restriction mise à leur souveraineté, au cas de dissentiment entre eux et le maire, on serait fort tenté de considérer la loi de 1867 comme un large pas fait en avant dans la voie de la décentralisation. Les conseils n'avaient que quatre attributions souveraines, ils en ont aujourd'hui seize, au nombre desquelles quelques-unes ont une véritable importance. L'honorable rapporteur de la loi, M. Sénéca, n'a pas manqué, dans son rapport et au cours de la discussion, d'insister sur ce point, afin de bien prouver à ceux de ses collègues qui semblaient en douter encore que le projet de loi était essentiellement et sérieusement décentralisateur; et il n'est pas douteux que le Corps législatif, en votant ce projet, a voulu et a cru faire de la décentralisation. Et pourtant, si, moins touché du nombre ou de l'importance des attributions que du caractère qui les distingue, l'on veut se maintenir, pour apprécier la loi, sur le terrain des purs principes qui dominent la question et que nous avons rappelés au début de ce travail, on partagera difficilement la confiance et la satisfaction de ceux qui voient dans cette loi une œuvre considérable de décentralisation. C'est une loi d'affaires, et, à ce titre, elle peut avoir de sérieux mérites, dont les praticiens de l'administration seront les meilleurs juges ; mais ce n'est pas une loi de principe, et la décentralisation est, avant tout, un principe; ce principe, c'est le respect des compétences; or la compétence se détermine par la *nature* de l'affaire et non pas son *importance*; de droit strict, tout ce qui est exclusivement *local* appartient donc au pouvoir *local*; voilà la formule incontestable, en pure doc-

Digitized by Google

trine, du principe hiérarchique auquel la décentralisation doit être un retour. Je dis : Ce qui est local *exclusivement*, et ce mot, en retenant sévèrement le principe dans les limites qu'il ne peut franchir, doit rassurer tous ceux qui se pourraient effrayer d'une formule aux allures absolues. Qu'est-ce donc qu'un intérêt exclusivement local? C'est celui dont le caractère local l'emporte tellement sur le caractère général, qu'il peut être raisonnablement considéré comme constituant un intérêt *privé* de la commune, partie au regard de la nation qui est le tout, au même titre qu'il y a des intérêts privés des citoyens, individus au regard de l'État. — On peut dire, en effet, que, sans doute, il n'est aucun intérêt, même le plus privé du dernier des citoyens, qui, par certain côté, ne touche à l'État; car ce qui concerne la partie ne saurait être absolument indifférent au tout; mais comme les intérêts que l'on a coutume de nommer intérêts privés ne touchent l'ensemble de l'État que d'une manière tout à fait indirecte, on n'admet pas que la puissance publique prenne part à leur gestion ; de même, parmi les affaires communales, il en est qui ne touchent le reste de l'Empire que d'une façon également indirecte; ainsi, que la police des rues soit bien faite à Rouen, cela peut intéresser Bordeaux, en ce que Bordeaux fait partie, comme Rouen, d'un même ensemble, la France, lequel est intéressé à ce que toutes les villes soient entretenues en bon état de voirie; soit; mais il n'en est pas moins vrai qu'il est impossible d'apercevoir un lien DIRECT entre la police des rues de Rouen et l'intérêt de la ville de Bordeaux. Il y a donc des intérêts purement locaux, en ce sens qu'ils ne touchent *directement* qu'une localité, et ne peuvent atteindre que très-indirectement, soit une autre localité en particulier, soit l'Empire considéré dans son ensemble. Ce sont ces intérêts que la décentralisation doit rechercher et classer, pour en restituer la gestion aux pouvoirs locaux. Des affaires en assez grand nombre peuvent ainsi être considérées comme locales, mais il en est peu qui soient de fort grande importance. Plus une société est ancienne, plus l'unité politique y est complète, plus la population y est dense, plus aussi les intérêts, s'ils sont considérables, se trouvent confondus et pour ainsi dire enchevêtrés; la somme des intérêts généraux y est par suite d'autant plus grande relativement à la somme des intérêts locaux, et le nombre

Digitized by Google

des affaires qui doivent être abandonnées à l'indépendance communale y est d'autant moins considérable. — Lors donc que les décentralisateurs, s'inspirant de la pensée de ne point sacrifier certains principes essentiels de la hiérarchie sociale, demandent que, pour déterminer la compétence souveraine du corps municipal, on s'attache, non à l'importance, mais au caractère local de l'affaire, ils ne demandent rien dont puissent souffrir la bonne police et la prospérité de l'État tout entier; et s'ils reprochent à la loi de 1867 de n'être pas vraiment entrée dans les voies de la décentralisation, en ce qu'elle s'est, aussi bien que la loi de 1867, attachée au degré d'importance et non au caractère même des intérêts, pour en confier ou en refuser aux conseils municipaux la libre gestion, ce n'est pas qu'ils méconnaissent que souvent, en fait, une affaire cesse d'être locale, précisément parce qu'elle devient trop importante; mais ils reprochent au législateur de s'être attaché à cette importance comme à un *criterium*.

Cette erreur de principe était, il faut le dire, inévitable, puisque l'on ne maintenait, — je ne dis pas le contrôle, qui est absolument nécessaire, — mais la tutelle administrative, sur laquelle les réserves sont permises. Si l'on admet que les communes sont des mineurs qu'il convient seulement d'émanciper dans une certaine mesure, il devient trop évident que leur capacité doit être mesurée exactement et uniquement au degré d'importance des intérêts engagés dans la gestion; aussi serais-je surpris si des partisans de la tutelle administrative ne se trouvaient en grand nombre, au sentiment desquels quelques-unes des attributions nouvelles des conseils municipaux seront au-dessus de leurs forces; cette critique de la loi de 1867 serait certainement naturelle dans leur bouche, et, me plaçant alors à leur point de vue, je n'oserais pas affirmer qu'à certains égards elle ne pût paraître fondée. — Mais ce que je ne puis admettre, c'est l'idée même de la tutelle, parce qu'elle est la contradiction du principe hiérarchique et social qui, reliant entre eux tous les pouvoirs, central et locaux, laisse cependant à ceux-ci l'indépendance qui leur est nécessaire dans leur sphère pour l'accomplissement de la mission propre qu'ils ont à remplir; ce n'est point ici le lieu de traiter cette grande et capitale question de la tutelle administrative, et d'opposer à cette tutelle le contrôle, qui en diffère

Digitized by Google

essentiellement; une telle controverse appelle la discussion des premiers principes de la hiérarchie sociale, et l'examen de tous les résultats que l'expérience administrative en Europe a pu mettre en lumière; il serait donc téméraire, autant qu'inopportun, de s'y engager d'une manière purement incidente; mais ce que je devais seulement constater, c'est que le maintien de la tutelle administrative, telle qu'elle est organisée par nos lois, est logiquement, et par la force même de son principe, un obstacle à peu près invincible à toute décentralisation radicale, à toute résurrection d'une vigoureuse organisation municipale; et je ne serais sans doute pas démenti par le savant rapporteur de la loi devant le Sénat, M. Bonjean, qui démontre très-bien au début de son rapport que la centralisation administrative n'est en réalité autre chose que cette tutelle, dont il repousse seulement le nom. (*Moniteur* du 20 juillet 1867.) [1]

Or la loi de 1867 a plutôt fortifié la tutelle qu'elle en a adouci le ressort; je veux parler de cette disposition finale des articles 1, 3 et 9 : En cas de désaccord entre le maire et le conseil municipal, la décision ne sera exécutoire qu'après l'approbation du préfet [2].

[1] Le principal argument développé par M. Bonjean pour combattre la décentralisation radicale est que les dépenses communales vont toujours croissant, et il se demande ce qu'elles pourraient devenir si le frein de la tutelle venait à disparaître; peut-être nous sera-t-il permis de faire remarquer qu'en fait, et depuis quelques années, les communes ont été bien plus poussées qu'elles n'ont été retenues par l'administration supérieure dans la voie des grandes entreprises. L'une des raisons mises en avant par le gouvernement pour justifier la non-coïncidence créée par l'article 18 entre l'élection du conseil municipal et la nomination du maire, et la prorogation de la durée des pouvoirs du conseil, est précisément que la loi de 1855, par l'action trop considérable qu'elle laissait aux électeurs, pouvait avoir pour résultat de créer des entraves aux grandes entreprises dont l'administration poursuit la réalisation. — Si donc la tutelle doit être maintenue, ce ne saurait être, il faut en convenir, par le motif qu'en donne M. Bonjean, et l'administration paraît redouter plus la timidité des conseils municipaux que leurs entraînements.

[2] Je ne crois pas devoir discuter, et je l'indique seulement, la question qui peut naître de savoir si ce paragraphe s'applique à ceux des objets qui étaient déjà remis au règlement des conseils municipaux par les nos 1, 3 et 4 de l'article 17 de la loi de 1837, maintenus implicitement par la loi nouvelle, mais non reproduits dans son texte; l'interprétation littérale de l'article 1 de la loi nouvelle conduirait à la négative; il paraît raisonnable ce-

Digitized by Google

Pour mesurer exactement la portée de cette importante disposition, il n'est pas inutile de rappeler ses précédents. Elle ne se trouvait pas dans le projet présenté par le gouvernement; mais ce projet portait : « Les conseils municipaux « règlent par leurs délibérations, *sur l'initiative du maire,* « les affaires ci-après désignées, etc... » On pouvait conclure de cette rédaction que l'initiative appartiendrait exclusivement au maire, de telle sorte que non-seulement les conseils municipaux n'eussent pas eu à délibérer s'ils n'avaient été d'abord saisis par cette initiative, mais encore qu'ils n'eussent pas eu le droit de modifier les propositions qui leur auraient été soumises, et qu'ils ne pussent ainsi que voter ces propositions, telles quelles, ou les rejeter; entendue ainsi, la réserve de l'initiative aux maires eût été, à proprement parler, l'anéantissement des pouvoirs du conseil, au profit de l'omnipotence du maire. La commission en fut frappée, et malgré les assurances qui lui furent données que l'initiative du maire ne serait jamais ainsi interprétée et étendue, elle proposa de substituer aux mots : sur l'initiative du maire, le § final des articles 1, 3, 9... Le gouvernement a adhéré.

La pensée de la commission qui a proposé cette rédaction, du gouvernement qui l'a acceptée, et de la Chambre qui l'a votée, est que, au moment où la loi élargit le cercle dans lequel les conseils municipaux peuvent souverainement se mouvoir, il convient au pouvoir central de protéger plus énergiquement la commune contre les entraînements de son conseil, et de se fortifier lui-même contre les usurpations du pouvoir local désormais plus puissant.

En ce qui touche le dernier point, la doctrine est juste en elle-même; si le conseil municipal abuse des pouvoirs que la loi lui confère exclusivement pour le règlement des affaires locales, et, franchissant les limites de la commune, prétend en exercer de plus étendus, il faut bien qu'une autorité supérieure existe, capable de réprimer ces écarts et de ramener le corps municipal à l'observation des lois; en effet, si, dans sa sphère d'action propre, le conseil doit être indépendant, il

pendant de penser que l'intention du Corps législatif a été de formuler dans l'alinéa final une règle générale s'appliquant désormais à toutes les affaires définitivement tranchées par le conseil municipal, et je ne verrais ainsi dans la loi qu'un défaut de rédaction. Même question sur l'article 2.

Digitized by Google

ne saurait franchir les limites de cette sphère sans attenter à l'indépendance du pouvoir supérieur souverain dans la sienne; la loi qui affirme et garantit les franchises municipales a donc pour corollaire la loi qui en prévient et en réprime les écarts, et, dans la constitution municipale, le rapport est nécessairement direct entre les dispositions qui réservent aux autorités locales la plénitude de juridiction pour le règlement des affaires purement locales et les dispositions qui arment les autorités supérieures du droit de réprimer toute tentative des premières d'étendre leur action au delà de ces affaires; plus le pouvoir municipal est libre, plus le *contrôle* doit être sévère. Voilà le principe. La pensée de fortifier le pouvoir central contre les usurpations possibles — quoique fort improbables — du conseil municipal, est donc une pensée légitime en soi; mais il semble que cette pensée ne pouvait convenablement se traduire que par une disposition légale qui interdît au conseil toute immixtion dans les affaires qui ne sont pas de sa compétence, sous une sanction plus sévère que celle des articles 13, 23 et suivants de la loi de 1855. Si donc la Chambre voulait donner au pouvoir central une arme défensive, c'est dans cet ordre d'idées que, logiquement, elle devait poursuivre une réforme; mais réserver éventuellement au pouvoir central la décision des affaires qui, normalement, sont déclarées appartenir au conseil municipal, c'est ne pas donner satisfaction à l'idée dont on s'inspire, et c'est porter à l'omnipotence du conseil une atteinte inutile sous ce premier rapport.

Mais on a voulu aussi protéger plus efficacement la commune contre les erreurs possibles de son conseil..... Sous ce second rapport, c'est à la pensée même du législateur que nous demanderons la permission d'adresser notre critique. Ou bien la loi considère les conseils municipaux comme incapables de gérer convenablement les intérêts nouveaux qu'elle lui confie, et alors elle a tort de les lui confier; ou bien elle les suppose à la hauteur de leurs pouvoirs, et alors elle ne doit pas en paralyser l'exercice; sinon, elle met en suspicion la capacité de ces conseils à l'instant même qu'elle leur confère cependant de nouvelles et importantes fonctions; il y a là une contradiction qui sera remarquée. Le résultat, dans la pratique, sera nécessairement de fortifier le maire contre le conseil, et de fortifier le préfet contre tous. Le maire a dans

Digitized by Google

sa commune deux fonctions bien distinctes : la fonction municipale, et la fonction gouvernementale, dans l'exercice de laquelle il est le représentant du pouvoir central; mais pour être distinctes, ces fonctions n'en exercent pas moins une inévitable influence l'une sur l'autre ; or, dans sa fonction municipale, le maire a des attributions absolument indépendantes du conseil, et dont, pour ce motif, il n'y a pas à s'occuper ici; mais quand le conseil délibère sur les affaires communales dont il a la décision, il est nécessairement une autorité plus haute que n'est le maire; et, au sein du conseil, le maire ne doit être et n'était jusqu'à ce jour, à l'égard des conseillers, ses collègues, que *primus inter pares*, ayant seulement, au cas de partage, voix prépondérante; — grâce à la loi de 1867, il est maintenant, pour la gestion des affaires confiées à la décision du conseil, l'égal même de ce conseil tout entier, et sa voix vaut à elle seule toutes les voix réunies de ses collègues; ces voix fussent-elles unanimes, le maire se lève, déclare son dissentiment : c'en est assez; de pouvoir régulateur qu'il était, le conseil n'est plus que pouvoir délibératif, et la décision, sous forme d'approbation nécessaire, appartient au pouvoir central; le maire a donc, au regard du conseil municipal, la fonction d'un second conseil investi de pouvoirs égaux, et dont le dissentiment déplace la compétence et rend un arbitrage nécessaire. Il est impossible de ne pas reconnaître combien profondément est modifiée au préjudice du conseil et au profit du maire la situation justement faite à l'un et à l'autre par les lois antérieures.

Or le maire est aussi l'agent du pouvoir central, choisi et nommé par ce pouvoir : le désaccord entre le préfet et le maire est donc le plus souvent une hypothèse à écarter; et, dès lors, pour peu que le préfet ne partage pas sur la gestion locale les opinions du conseil municipal, il n'est que trop évident qu'il sera presque toujours le maître d'attirer à lui la décision; la loi ne serait exempte de ce reproche que si, par une modification des articles 57 de la constitution et 2 de la loi du 5 mai 1855, la nomination des maires cessait d'appartenir au pouvoir central. Mais tant que ces lois organiques subsisteront, il sera vrai de dire que la loi de 1867, en donnant à la voix du maire, agent du pouvoir central, une telle importance, a plus fait pour fortifier encore la

Digitized by Google

centralisation administrative qu'elle n'a fait, en augmentant les attributions du conseil municipal, pour en détendre le ressort. La décentralisation est très-sérieuse au cas d'accord du maire et du conseil, disait l'honorable rapporteur M. Sénéca, en réponse aux critiques dirigées par l'honorable M. Marie contre cette innovation ; soit; mais comme le pouvoir central reste à peu près le maître de créer le dissentiment, il est manifeste que la tutelle administrative, expression du principe centralisateur, est fortifiée. On peut donc, plaçant sa confiance dans la modération que le pouvoir central tiendra certainement à honneur de montrer dans l'application de cette disposition nouvelle, considérer la loi de 1867 comme une loi d'affaires capable de produire quelques bons résultats... Mais on ne peut y voir une satisfaction sérieuse donnée au principe décentralisateur, en tant que ce principe doit être appliqué au gouvernement des communes.

La loi de 1866 sur les conseils généraux avait fait concevoir pour la loi municipale de plus hautes espérances; elle était entrée plus résolument dans les voies de la décentralisation, et mérite à ce titre de sincères éloges. — Le département, considéré comme unité sociale, a peut-être moins d'intérêts purement locaux que n'en a la commune, de même, et par les mêmes raisons, que les individus ont plus d'intérêts purement privés que la commune n'a d'intérêts purement communaux; c'est qu'en effet, plus une fraction du territoire est considérable relativement au tout, plus aussi sa vie et ses affaires sont mêlées aux affaires et à la vie du pays entier; les affaires purement départementales, c'est-à-dire générales au regard des communes qui composent le département, mais locales et particulières au regard des autres départements et de l'Empire, sont donc plus rares que les affaires communales ; — ceci dit relativement, bien entendu ; — mais, d'un autre côté, les conseils généraux sont nécessairement composés d'hommes plus éclairés, plus aptes aux affaires, plus éminents que ne peuvent l'être les conseillers municipaux, surtout dans nos communes rurales; les idées et les projets de décentralisation rencontrent ainsi moins de résistance quand il s'agit des conseils généraux que s'il s'agit des conseils municipaux : aussi voit-on des hommes, en assez grand nombre, disposés à décentraliser dans une certaine mesure le département, et ne consentant à

Digitized by Google

aucun prix à relever la commune de la tutelle préfectorale. Le Corps législatif a certainement suivi cette inspiration, et a beaucoup plus fait pour l'indépendance des conseils généraux que pour celle des conseils municipaux. M. Serrigny[1] n'est même pas sans concevoir quelque inquiétude à cet égard, et il voit dans un avenir prochain la prépondérance dans la gestion des affaires départementales passer du préfet au conseil général..... Je m'associe à cette prévision, mais non aux appréhensions du savant professeur; dans la gestion des intérêts locaux, le conseil général se peut tromper, et sur ce motif, on veut que son erreur puisse être relevée par le pouvoir central, préfet ou ministre... Mais celui-ci n'est-il pas également faillible?... Or, erreurs pour erreurs, puisqu'elles ne peuvent être absolument évitées, mieux vaudrait qu'elles fussent commises par le conseil général que par le pouvoir central; celui-ci, s'il les commet, en supporte toute la responsabilité, et c'est à lui que vont de plein droit tous les griefs des populations qui en souffrent; — le conseil général, au contraire, c'est la population elle-même, dont il a reçu le libre mandat, et les griefs ne se peuvent manifester que par un bulletin de vote aux élections suivantes; en sorte que, au respect de la compétence locale, si le conseil général prend la prépondérance dans la gestion des affaires purement départementales, et si le préfet reste seulement le représentant du pouvoir central, nul ne gagnera plus que ce pouvoir central lui-même; il sera débarrassé d'attributions qui lui servent fort peu, et soulagé de responsabilités qui ne laissent pas que d'être sérieuses. Il y a là, qu'il me soit permis de le dire, un ordre de considérations auxquelles, dans l'étude des questions municipales, les centralisateurs n'accordent pas toute l'attention qu'elles méritent.

Nous avons apprécié le caractère de la loi, relativement à la décentralisation par voie d'attributions, et nous avons conclu de la disposition finale des articles 1, 3 et 9 que la loi de 1867 n'est pas une loi de principe.

Mais nous avions dit d'abord que, dans ses dispositions organiques, cette loi, loin d'être décentralisatrice par voie d'organisation, marquait, sous ce rapport, un pas en arrière. Le moment est venu de justifier cette appréciation. La question de décentralisation n'est pas, à proprement parler, nous en avons

[1] *Revue crit.*, 1867. Mars.

Digitized by Google

fait la remarque, entre le pouvoir exécutif et les corps délibérants. Elle est entre le pouvoir central et le pouvoir local sous leurs formes diverses; or le pouvoir local, ce n'est ni le conseil municipal ni le maire, mais c'est l'un et l'autre réunis, le maire étant considéré dans ses attributions exclusivement municipales. En sa qualité, non plus d'agent du gouvernement, mais d'officier municipal, le maire a une grande part au gouvernement de la commune, plus grande, on peut le dire, que n'est celle du conseil municipal; sans parler de la police judiciaire, de l'état civil et d'autres attributions dont le caractère n'est pas précisément communal, il a toutes les fonctions si multiples et si variées de la police et de la voirie municipales, il représente en toute occasion la commune et agit pour elle, et il exerce ces fonctions sans partage; le conseil municipal, au contraire, n'a point d'attribution dont le maire n'ait sa part, il ne peut prendre une décision à laquelle le maire ne concoure, et nous avons montré combien cette situation du maire au regard du conseil était agrandie par le paragraphe final des articles 1, 3 et 9. Le maire est donc à lui seul une grande partie du pouvoir local, et l'idée de décentralisation est vivement intéressée à tout ce qui touche, soit aux fonctions confiées aux maires, soit aux conditions d'indépendance mises à l'exercice de celles de ces fonctions qui lui appartiennent exclusivement en sa qualité municipale.

Le maire a toujours été considéré légalement comme le représentant et en quelque sorte le chef de la commune, et dans cette commune le représentant, l'agent du pouvoir central. Ce cumul, commandé par les nécessités de la pratique, nous paraît de plus irréprochable en théorie; la commune, en effet, est en même temps une unité sociale ayant son existence propre et une fraction de la grande unité nationale; eh bien, cette dualité trouve son expression exacte dans la réunion chez le maire des deux fonctions, municipale et gouvernementale, consolide ainsi en la personne du maire le lien qui unit la puissance locale à la puissance centrale, et fait de ce magistrat le point d'attache des membres du corps social à ce corps tout entier. La difficulté n'est donc pas dans le principe, mais elle a toujours été, dans l'application, de ne pas permettre que chez le maire l'une des deux qualités pût absorber l'autre, et que l'exercice de l'une de ses deux fonc-

Digitized by Google

tions compromît son indépendance dans l'exercice de l'autre; il faut que le maire soit l'homme du gouvernement, et il ne peut pas ne pas être celui de la commune; la solution est donc dans un partage d'action entre le pouvoir central et la commune elle-même dans le choix de son premier magistrat; en divers temps, et suivant ce qu'étaient les grands courants de la politique générale, le pouvoir central s'est réservé dans ce concours une part plus ou moins large; mais jamais la nécessité du concours lui-même, sous une forme directe ou indirecte, n'a été méconnue. Aux termes de l'article 57 de la constitution et de la loi du 5 mai 1855, le pouvoir central a la nomination des maires et adjoints, et il a le droit de les choisir en dehors du conseil municipal; mais il faut reconnaître que le pouvoir n'a usé qu'avec une grande modération de ce droit, que très-généralement il ne remet l'écharpe qu'à l'un de ceux que la confiance de la commune a déjà appelés à siéger au conseil : voilà dans la pratique la part d'action donnée aux électeurs communaux dans la nomination du maire, et comme conseils et maires sont nommés pour une période de cinq années, la nomination du maire a lieu en même temps que l'élection des membres du conseil, ou plutôt suit immédiatement cette élection; on sent aisément combien l'influence morale de l'élection sur le choix du maire est plus directe qu'elle ne serait si l'intervalle de plusieurs années séparait le jour où le conseil reçoit des électeurs son mandat du jour où le pouvoir central confère ses fonctions au maire.

Telle était en ce point la loi de 1855.

C'est là ce qu'on a voulu changer; le but unique, le seul qui ait été signalé dans les discussions, le seul que l'article 18 ait pour objet d'atteindre, c'est, en rompant la coïncidence entre le choix du maire et les élections au conseil municipal, de ne plus permettre aux électeurs d'avoir en vue, dans le choix des conseillers municipaux, la nomination ultérieure du maire. Il demeure bien entendu, du reste, que le pouvoir central n'entend faire que très-exceptionnellement usage de la prérogative qu'il tient de l'article 57 de la constitution, et qu'il continuera de choisir, autant que possible, le maire parmi les membres élus du conseil municipal; mais ce que l'on ne veut pas, c'est que l'élection puisse avoir pour objectif la nomination du futur maire; on ne le veut pas, parce que l'on voit là un empiéte-

Digitized by Google

ment du corps électoral de la commune, qui est la commune elle-même, sur la prérogative du pouvoir central ; il ne paraissait pas au surplus qu'en fait la loi de 1855 eût produit à cet égard de fâcheux résultats, et l'on s'est volontiers tenu sur le terrain de la doctrine : c'est là que se trouvaient directement engagés les principes centralisateurs ou décentralisateurs qui doivent dicter notre jugement sur cet article 18, et nous sommes obligés de reconnaître que le principe décentralisateur a été complétement sacrifié. Si le maire était exclusivement l'agent du pouvoir central dans la commune, l'article 18 serait évidemment au-dessus de toute critique; mais les habitants de la commune ont un intérêt majeur, au point de vue purement municipal, au choix du maire, et ce à raison des nombreuses et importantes fonctions que ce magistrat ne remplit qu'en sa qualité de chef de la commune; et vouloir que les électeurs, au moment où par leurs votes ils vont concourir à la constitution du pouvoir municipal, restent indifférents au choix de celui qui aura la plus grande part à l'exercice de ce pouvoir, vouloir qu'ils restent sans souci de savoir qui sera le maître de la police municipale, qui, par son seul vote, fera échec au conseil tout entier, c'est vouloir ce qui est contre la nature des choses. Cette préoccupation chez l'électeur, qui tient à l'essence même de l'élection, s'accentue d'autant plus que les maires ont pris la coutume de patroner officiellement une liste de candidats; si le conseil sortant partageait les vues du maire, et si les électeurs sont hostiles au maire, ils le sont par là-même aux membres du conseil; ils ne les rééliront donc pas, et repousseront les candidats patronés par le maire, par cela seul que ces candidats représentent aussi un système d'administration locale qui n'a pas leurs sympathies : Quoi de plus naturel et de plus légitime? Mais le résultat en est que le pouvoir central est moralement moins libre de donner de nouveau l'écharpe à ce maire dont l'administration locale déplaît aux administrés : Mais quoi de plus naturel encore? C'est en cela précisément que consiste la part d'action que l'on reconnaît légitime du corps électoral sur le choix du maire, le gouvernement conservant la sienne, qui demeure encore la plus large, puisqu'il a le libre choix de ce magistrat, non-seulement parmi tous les conseillers élus, mais aussi, si le cas lui paraît grave, en dehors d'eux. Il n'est donc pas pos-

Digitized by Google

sible de dire que cette tendance des électeurs à faire du choix du maire futur l'objectif des élections constitue une entreprise sur la prérogative du pouvoir central; cette tendance est parfaitement légitime, elle est dans la nature des choses, surtout elle est la conséquence forcée du système des candidatures officielles qui solidarise nécessairement tous les candidats patronés avec celui qui leur donne son patronage, et elle laisse d'ailleurs parfaitement intacte la prérogative du pouvoir central; elle peut tout au plus créer pour ce pouvoir un juste motif, une raison morale de n'user qu'avec réserve de cette prérogative, et cela est excellent, car cela est tout à fait conforme à l'esprit de la loi qui confère au maire sa double qualité. La loi nouvelle s'en effraie néanmoins, et elle restreint l'influence morale qui appartenait aux communes sur le choix de leurs chefs; la qualité d'agent du gouvernement tend donc à prendre chez le maire le pas sur la qualité d'homme de la commune, et comme il ne perd d'ailleurs aucune de ses attributions en cette dernière qualité, il est bien évident qu'en tout ce qui touche ces attributions, le principe centralisateur est fortifié exactement de ce que la commune perd d'influence sur le choix du maire; le pouvoir central y gagne exactement, dans la gestion des intérêts locaux, en tant que cette gestion appartient aux maires, ce qu'y perd le corps électoral. Le rapport est mathématique. Le lien de la centralisation est donc en ce point resserré avec énergie.

Nous n'avons pas le même reproche à adresser à la seconde des dispositions organiques de la loi de 1867, celle qui est relative au maximum de la durée des fonctions remises aux commissions par lesquelles le pouvoir central peut remplacer, après dissolution, les conseils municipaux; — la loi marque un progrès, timide, peut-être, mais réel.

Le droit de suspension ou de dissolution du conseil municipal par le pouvoir central est difficilement contestable en principe. Comme toutes les assemblées, les conseils municipaux, soit en s'immisçant dans les questions de politique générale, soit même sans excéder littéralement leurs pouvoirs, se peuvent constituer à l'état de rébellion latente contre les lois; dans l'exercice — légal en apparence — de leurs fonctions, l'hostilité *politique* et systématique peut guider tous leurs actes, inspirer toutes leurs abstentions. En quoi consiste cette

Digitized by Google

révolte latente, et par quels signes se dénonce-t-elle ? C'est ce que l'on ne saurait dire *à priori* ; mais on peut affirmer qu'un moment arrive où cet état constitue une usurpation sur le domaine du pouvoir supérieur, et devient pour la commune elle-même la cause des plus grands dommages ; il paraît évident alors que le conseil municipal ne représente plus l'opinion des électeurs de la commune ; il faut donc bien, pour de tels cas, accorder au pouvoir central un droit que, dans une sphère plus haute, les théories constitutionnelles les plus scrupuleuses ne lui ont jamais refusé, celui sans lequel la liberté des assemblées serait si facilement compromise par son excès même, je veux dire le droit de dissolution ; et pour la gestion des affaires courantes, ce droit doit être accompagné, en ce qui touche les communes, du droit de remplacer le conseil par une commission ; la loi doit à cet égard définir le droit du pouvoir central de telle sorte que la dissolution reste en ses mains une arme de défense et de protection, et ne devienne pas une arme d'attaque, c'est-à-dire un moyen de substituer arbitrairement sa volonté à celle du conseil municipal, dans la gestion ordinaire des affaires locales, et ce uniquement parce qu'il n'approuve pas ce que fait le conseil ou que celui-ci résiste à ses suggestions. On sent assez que le danger est imminent si la loi ne détermine pas la nature des causes pour lesquelles la dissolution peut être prononcée, si elle attribue aux commissions des pouvoirs aussi étendus que ceux du conseil élu, et si enfin ces commissions peuvent demeurer en fonction aussi longtemps qu'eût fait le conseil ; or tel était précisément l'article 13 de la loi de 1855, et ces trois conditions y étaient réunies. Ajoutons que si cet article n'avait été modifié, il se serait trouvé par le fait singulièrement aggravé, puisque la commission substituée au conseil aurait eu des attributions désormais plus étendues, et aurait pu les conserver pendant sept années au lieu de cinq ; une réforme était donc de toute nécessité, comme conséquence naturelle des articles 1, 3, 9 et 18 de la loi nouvelle. On pouvait, soit déterminer par leur nature les causes pour lesquelles les conseils municipaux pourraient être dissous, soit limiter les attributions confiées aux commissions, soit limiter le temps pendant lequel ces commissions pourraient demeurer en fonctions, et après lequel il devrait être procédé à l'élection d'un nouveau conseil ; on

Digitized by Google

pouvait enfin combiner ces trois procédés de réforme.

Le premier n'a pas été proposé, le second a été repoussé, le troisième a été suivi par le Corps législatif, et nous croyons qu'en ce point le Corps législatif s'en est tenu aux vrais principes. Au premier abord, il paraît, il est vrai, très-simple de ne confier à la commission municipale que des pouvoirs restreints, qui leur permettent seulement de faire face au courant des affaires, sans qu'elle puisse notamment engager les ressources de la commune, c'est-à-dire l'argent des contribuables, pour le plus grand respect du suffrage universel et surtout du principe constitutionnel, qui s'oppose à ce qu'aucune taxe soit perçue avant d'avoir été régulièrement votée par les assemblées qui représentent les contribuables; et s'il était possible de concilier cette restriction de pouvoirs avec les raisons majeures qui justifient la création de la commission municipale, ce système aurait certainement toutes nos sympathies; mais, d'une part, il ne serait applicable qu'à une condition : c'est que la réélection du nouveau conseil suivît de très-près la dissolution de l'ancien; car l'on ne saurait maintenir longtemps une commune dans cet état tout provisoire qui résulterait de ce que les affaires courantes et les seuls actes de simple administration pourraient être réglés ou consommés; et d'autre part, les causes pour lesquelles le conseil peut être légitimement dissous sont de telle nature qu'il y aurait souvent plus d'inconvénients, pour la paix publique, à procéder à une élection immédiate qu'il n'y en aurait eu à maintenir le conseil; il faut, en effet, supposer *à priori*, pour juger cette disposition légale, que le pouvoir central n'en usera que dans les cas exceptionnels pour lesquels elle est faite, et la présomption ne saurait être qu'il y aura abus, et abus volontaire. La nécessité de ne pas faire procéder à une réélection presque immédiate, et cependant de ne pas condamner la gestion communale à un provisoire prolongé, devait donc déterminer le législateur à accorder à la commission municipale les mêmes attributions qu'au conseil lui-même. Cela n'est pas, du reste, directement contraire au principe rationnel des compétences; pour un cas exceptionnel, il y a substitution de l'administration supérieure au pouvoir local pour la gestion des affaires locales : le principe de cette substitution étant admis, et si l'on reconnaît que, dans ce cas excep-

Digitized by Google

tionnel, la substitution est légitime, il est logique qu'elle soit complète. Mais s'il est vrai que la réélection ne peut pas être immédiate, s'il est vrai aussi que le provisoire ne peut pas être longtemps imposé à la gestion communale, et si pour ces motifs il est sage de donner à la commission les mêmes pouvoirs qu'au conseil, il est vrai aussi que, de sa nature, la substitution du pouvoir central au pouvoir local étant destinée à faire face à une situation exceptionnelle et temporaire, doit être également temporaire. Or la loi de 1855 était défectueuse en ce point : la loi de 1867 en corrige le vice ; désormais une commission municipale ne pourra fonctionner au delà de trois ans ; hommage est donc rendu au principe qui s'oppose à ce que la substitution dont il s'agit devienne permanente ; et maintenant, que le maximum de sa durée ait été fixé à un, deux, trois ans, nous ne voyons plus là qu'une question de mesure, importante encore, mais qui nous paraît secondaire ; c'est au principe que nous nous attachons, et, sous ce rapport, l'idée décentralisatrice a reçu satisfaction.

Si nous voulions étudier la loi entière et en donner, sinon le commentaire, du moins une analyse complète, nous aurions à nous expliquer sur bien des dispositions dont l'importance est certainement grande, et dont les résultats pratiques ne seront pas à dédaigner ; les dispositions dont la tendance générale est de fortifier la puissance budgétaire des autorités locales, seront, nous le croyons, très-diversement jugées. Mais ce n'est pas l'étude que nous nous sommes proposée ; la loi a été présentée, discutée, votée au nom des principes décentralisateurs, elle est la conséquence de la lettre adressée, le 23 juin 1863, par S. M. à M. Rouher ; c'est donc uniquement son caractère décentralisateur que nous avons voulu apprécier. Nous croyons avoir démontré que si, par voie d'attributions, la loi a voulu décentraliser, cependant, par le paragraphe final des articles 1, 3 et 9, et surtout par l'article 18, elle a énergiquement resserré le lien de tutelle administrative et fortifié le système centralisateur ; nous résumerons donc notre opinion en un seul mot : les décentralisateurs n'ont pas lieu de se féliciter de la loi de 1867 ; tout au plus, à raison des intentions dont cette loi, par ses précédents, semble témoigner, peuvent-ils en prendre motif d'espérer. AUG. POUGNET.

Digitized by Google

DE LA RÉVISION DU CODE PÉNAL EN BELGIQUE,

Par M. Léopold THÉZARD,
avocat, professeur agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

10. *Travaux forcés, reclusion, détention et emprisonnement.* — Les peines privatives de liberté présentent en Belgique une très-grande analogie dans leur mode d'exécution.

Les travaux forcés se subissent dans les maisons de force, la reclusion dans les maisons de reclusion (art. 14). — Les condamnés à la détention sont enfermés dans une des forteresses du royaume ou dans une maison de reclusion ou de correction (art. 17). — Les condamnés à l'emprisonnement correctionnel le subissent dans les maisons de correction (art. 26). — Enfin l'emprisonnement de simple police est subi dans les prisons déterminées par le gouvernement (art. 29).

Les noms diffèrent : les choses se ressemblent beaucoup. On ne retrouve pas cette profonde différence qui a toujours séparé chez nous les travaux forcés des autres peines privatives de la liberté. La Belgique n'a pu adopter ni l'ancien système des bagnes, condamné par l'expérience, ni celui de la transportation, qui exigerait des colonies qu'elle n'a pas. Elle a dû tout ramener au type de la reclusion.

Mais le problème n'était pas résolu tout entier par cette nécessité de fait. Quel système pénitentiaire fallait-il appliquer aux différents condamnés? Ce point a préoccupé vivement le gouvernement et les chambres.

Par arrêté royal du 25 juin 1853, la commission instituée pour la révision du Code pénal était chargée de l'examen d'un avant-projet de loi sur le régime des prisons, et on lui adjoignait, quant à cet objet, trois nouveaux membres : MM. Bayet, directeur de la maison de force de Gand ; — Ducpetiaux, inspecteur général des prisons du royaume ; — Vleminckx, inspecteur général du service de santé de l'armée.

[1] V. le présent tome, p. 156.

Digitized by Google

Les études de cette commission l'amenèrent à préférer, pour les condamnés aux travaux forcés, à la reclusion, à la détention et même au simple emprisonnement correctionnel, le régime cellulaire ou de séparation absolue. Le projet de Code pénal, voté en 1853, consacrait formellement cette règle : isolement dans des cellules pour les condamnés aux travaux forcés, à la reclusion ou à l'emprisonnement; pour les condamnés à la détention, interdiction de communiquer entre eux, faculté de communiquer avec les personnes du dehors. Mais plus tard la commission pensa que le régime de la séparation ne pouvait pas être appliqué d'une façon absolue et perpétuelle à tous les condamnés; d'ailleurs les maisons cellulaires ne devaient pas être construites avant plusieurs années. De là des essais successifs pour concilier le principe qu'on avait admis avec les nécessités diverses qui s'opposaient à sa parfaite réalisation. En 1861, la question fut étudiée par la commission du gouvernement et la Chambre des représentants; en 1862, par le Sénat.

La commission du gouvernement et celle de la Chambre des représentants se firent d'abord une réflexion très-juste : les peines du nouveau Code avaient été calquées en grande partie, quant à leur durée, sur le Code pénal de 1810 ou sur d'autres lois qui supposaient ces peines subies en commun; pouvait-on soumettre les condamnés au régime plus rigoureux de l'isolement sans leur accorder une réduction des condamnations prononcées? Aussi proposait-on une disposition additionnelle ainsi conçue : « Les condamnés aux travaux forcés, à la détention, à la reclusion et à l'emprisonnement correctionnel pourront être soumis au régime de la séparation. Dans ce cas, la durée des peines prononcées par les cours et tribunaux sera réduite dans l'exécution de la manière et dans la proportion indiquées au tableau annexé au présent Code. » Le tableau contenait des réductions variables selon la durée totale de la peine, mais dont la moyenne était environ la moitié de cette peine elle-même [1]. Il devait d'ailleurs être permis au gouvernement de ramener au bout d'un certain temps les

[1] Le principe de la gradation était que la rigueur, comme l'efficacité, du régime cellulaire, croît avec la durée de la peine. En conséquence, on réduisait la première année à huit mois, les quatre suivantes à sept,..... enfin la vingtième année à trois mois.

Digitized by Google

condamnés au régime de la peine subie en commun; et quant aux condamnés à des peines perpétuelles, auxquels on ne pouvait assurer une réduction légale, ils ne devaient être soumis à l'isolement que pendant neuf années[1].

La commission du Sénat commença par admettre en principe le système de la réduction, mais elle proposa de fixer uniformément cette réduction à la moitié de la peine. De plus, elle n'admit pas que pour les peines perpétuelles le régime de l'isolement dût cesser au bout de neuf années. « Pourquoi, après ce temps, faire cesser un régime reconnu convenablement moralisateur et répressif? S'il a été bon pendant neuf ans, pourquoi faut-il le modifier la dixième année et compromettre ainsi les bons résultats obtenus? Et si le coupable ne s'est pas amendé, pourquoi, dans l'intérêt des autres détenus et dans l'intérêt du condamné lui-même, ne pas continuer l'épreuve de l'isolement? » — Cependant la commission du Sénat reconnaissait tout ce qu'avait de rigoureux la prolongation indéfinie d'un isolement absolu; elle proposait de permettre au gouvernement, après les dix premières années de captivité, d'apporter des adoucissements à ce régime; elle émettait le vœu que cet adoucissement consistât surtout à autoriser des relations avec des personnes du dehors, et particulièrement avec les religieux qui se consacrent à l'œuvre de la moralisation des prisonniers[2].

Le projet fut rédigé en conséquence. Mais quand la question revint en 1866 devant la commission du Sénat, un membre fit observer qu'il serait préférable de supprimer cette disposition et de réserver la question pour une loi spéciale : « Il serait étrange, disait-il, de décréter des peines dans un Code, et dans ce même Code de prononcer la réduction de ces mêmes peines. C'était, il est vrai, une disposition temporaire, mais une disposition temporaire n'est pas convenablement placée dans un Code permanent. » La commission adopta cet avis, et la suppression de l'article fut décidée[3]. On supprima aussi, en conséquence, les dispositions relatives à l'isolement ou au non-isolement des condamnés.

[1] Rapport à la séance du 9 février 1861.
[2] Rapport à la séance du 20 décembre 1862.
[3] Rapport à la séance du 20 février 1866.

Digitized by Google

La seule règle posée par le Code quant au régime des condamnés est l'*obligation du travail*, diversement réglée selon la nature des peines.

Les condamnés aux travaux forcés et à la reclusion sont astreints à un travail imposé; l'unique différence entre eux résulte de l'application du produit du travail : le fonds de réserve qui doit être attribué au condamné à sa sortie (et dont la moitié peut même être appliquée par le gouvernement au profit du condamné ou de sa famille pendant la durée de la peine) ne peut excéder les quatre dixièmes pour les condamnés à la reclusion, les trois dixièmes pour les condamnés aux travaux forcés. — Pour les condamnés à l'emprisonnement correctionnel, le travail est également obligatoire, sauf dispense que le gouvernement a le droit de leur accorder; mais ils peuvent se livrer, à leur choix, à l'un des travaux établis ou autorisés dans la maison de correction; le fonds de réserve qui leur revient peut aller jusqu'à cinq dixièmes, destinés, soit à leur procurer quelques adoucissements, soit à leur être remis après leur sortie. — Enfin les condamnés à l'emprisonnement de police ne sont astreints à aucun travail (art. 15, 26, 27, 29). — Les condamnés à la détention, c'est-à-dire les condamnés pour crimes politiques, en sont également dispensés.

Au cours de la longue discussion qui a ainsi abouti, le système cellulaire semble avoir perdu de sa faveur [1], et une partie du problème pénitentiaire a été encore réservée au point de vue législatif.

Ce problème est un des plus graves qui puissent s'imposer à l'attention des hommes d'État. Avoir des peines qui soient *afflictives* dans une juste mesure, pour servir d'intimidation suffisante, et qui en même temps soient *moralisatrices* pour le condamné, tel est le but à atteindre.

Rendre la peine afflictive n'est pas le plus difficile. La société a toujours à sa disposition assez de maux physiques pour les infliger à ceux qui transgressent ses lois; et son honneur consiste même à restreindre ces maux dans les limites les

[1] Les deux systèmes continuent à être appliqués concurremment dans les prisons de Belgique; mais, d'après les rapports de 1861, les résultats d'une longue expérience permettront seuls de bien comparer la proportion à établir entre les peines des deux systèmes.

Digitized by Google

plus étroites. C'est la gloire de la civilisation moderne d'avoir réduit les peines à n'être que de simples privations : la mort même, suivant la belle loi de l'Assemblée constituante, n'est que la privation de la vie; la privation de la liberté, accompagnée de celle des jouissances de la vie ordinaire, vient ensuite sous diverses formes; puis les peines pécuniaires, c'est-à-dire la privation d'une partie des avantages de la fortune; et, à côté, la privation des droits de citoyen. — Nulle part nous ne voyons la société entrer en lutte avec le coupable pour lui infliger une souffrance positive; ces hideuses peines corporelles, où respirait la cruauté de la vengeance, ont disparu. La société se contente d'enlever au coupable les jouissances qu'elle lui assurait; et elle peut se rendre témoignage des progrès accomplis et du bien-être qu'elle procure à ses membres, en voyant les simples privations qu'elle inflige aussi redoutables et aussi efficaces que les peines d'autrefois. La misère des anciens temps pouvait faire paraître indifférente à bien des malheureux la privation de la liberté, celle même de la vie; il fallait des tortures pour intimider : ces temps ne sont plus.

Mais, à côté du caractère afflictif, il faut aux peines privatives de liberté donner un caractère moralisateur; et là est la difficulté, car la moralisation vraie suppose qu'on mettra en jeu, tout en les dirigeant, l'activité et la responsabilité humaines. Les deux moyens de moralisation, dont l'un est passé dans le Code belge, dont l'autre y fut d'abord admis en principe, le travail forcé et l'isolement, ne sont à vrai dire que des moyens négatifs : ils préviennent les dangers de l'oisiveté et du contact mutuel des natures perverses. C'est beaucoup : ce n'est pas la solution du problème.

L'isolement empêche, il est vrai, la corruption mutuelle des condamnés. Mais cette solitude absolue, si elle se prolonge, ne peut-elle pas aussi aigrir des caractères déjà malades, en surexciter les ressentiments? Si elle n'a pas cet effet, elle a presque infailliblement pour résultat de les jeter dans une atonie misérable ou même dans la folie; elle brise à la longue tous les ressorts de la nature humaine, et dépasse le but de la pénalité, sans atteindre à la réformation du coupable. Ce qu'il faudrait aux condamnés, ce ne serait pas la solitude, ce serait la société des honnêtes gens; mais la difficulté

Digitized by Google

est de se procurer des honnêtes gens pour cet emploi.

Quant au travail forcé, la contrainte seule lui enlève une grande partie de sa moralité. Elle établit entre les agents de la société et le condamné une relation qui, comme les anciens supplices, peut engendrer la haine : c'est la relation du maître et de l'esclave, la *servitude pénale*, comme disent les Anglais. Ce travail, dont la nécessité n'apparaît au coupable que comme le fait de la société qui le domine, dont le produit même lui est enlevé presque entier par cette société, est fait à contre-cœur, avec irritation. La difficulté de corriger cet inconvénient est dans le danger de compromettre le caractère afflictif de la peine : faire travailler le coupable pour lui-même et pour sa famille, donnerait sans doute de bons résultats moraux; mais ce serait trop diminuer l'intimidation. Laisser toujours au condamné un travail de son choix, parmi ceux qui sont possibles en captivité, serait peut-être un meilleur moyen, la peine pouvant toujours rester assez afflictive par sa durée. Mais le meilleur moyen de tous, à notre avis, est incontestablement l'emploi des condamnés aux travaux de colonisation. Ces travaux mettent le condamné en présence, moins de la domination de la société qui le punit que des difficultés d'une nature qu'il doit vaincre; il sent sa responsabilité, et prend mieux sa part d'un travail où il est intéressé. Là se trouve la supériorité du système pénitentiaire français dans deux de ses branches les plus importantes : la transportation pour l'exécution des travaux forcés, l'établissement des colonies agricoles pour les enfants condamnés ou soumis à des mesures de correction.

11. *Amende et confiscation spéciale.* — Les peines pécuniaires édictées par le Code belge ont nécessairement la plus grande analogie avec celles du Code de 1810. Néanmoins, elles offrent quelques différences intéressantes à connaître.

a) « L'amende pour contravention est de 1 franc au moins et de 25 francs au plus. — L'amende pour crime ou délit est de 26 francs au moins. — Les amendes sont perçues au profit de l'État » (art. 38). — La disposition qui élève le maximum de l'amende de simple police, et le minimum de l'amende correctionnelle, de même que celle qui élève la limite séparative des deux espèces d'emprisonnement, a cet avantage de renvoyer à la simple police un certain nombre de faits trop peu

Digitized by Google

graves pour la juridiction correctionnelle. — Peut-être même faudrait-il aller plus loin dans cette voie, et soumettre aux tribunaux de simple police un grand nombre de délits, qui ne sont en réalité que des contraventions, malgré le chiffre plus élevé de l'amende, comme les délits de chasse et autres de cette nature : la juridiction correctionnelle, sans offrir beaucoup plus de garanties, donne en pareil cas à l'effet moral des condamnations une gravité hors de proportion avec le délit.

b) « L'amende est prononcée individuellement contre chacun des condamnés à raison d'une même infraction » (art. 39). Cette disposition contient deux conséquences différentes.

D'abord, quand un même délit est poursuivi contre plusieurs coauteurs ou complices, l'amende doit être prononcée intégralement contre chacun d'eux en particulier; cette règle est celle même de notre droit, et rien n'est plus juste : chacun doit porter la peine entière de l'infraction qu'il a entièrement commise en ce qui le concerne; il ne saurait y avoir d'exception que pour les amendes fiscales qui ont plutôt le caractère d'une indemnité que d'une peine.

L'autre conséquence de la disposition précitée, c'est l'exclusion de la solidarité entre les divers condamnés à l'amende pour un même crime ou délit. Le législateur belge, qui conserve cette solidarité quant aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, tout en permettant au juge de la supprimer à l'égard des frais selon les circonstances (art. 50), la supprime complétement en ce qui concerne les amendes. — Ces dispositions sont tout à fait rationnelles. Que le condamné qui a des complices soit tenu intégralement des restitutions et des dommages-intérêts envers la partie lésée, rien de plus juste : autant qu'il était en lui, il a commis le délit tout entier; il a donc une responsabilité pleine et indivisible, que l'assistance des autres coupables ne diminue pas; il doit réparation complète à sa victime, et n'a pas à se plaindre s'il en reste seul chargé en définitive par l'insolvabilité de ses complices. — Quant aux frais, on peut dire également qu'il doit payer en entier toutes les dépenses occasionnées par son délit; seulement, il est possible que l'obligation d'acquitter intégralement les frais énormes occasionnés par une poursuite multiple, soit hors de toute proportion avec la part qu'un des coupables a

Digitized by Google

prise au délit; il se peut aussi que sa cause se sépare jusqu'à un certain point de celle des autres; et ainsi s'explique la faculté laissée au juge d'écarter la solidarité. — Quant aux amendes, la solidarité est une injustice flagrante : dès qu'un condamné a payé l'amende qui lui a été personnellement infligée, il a subi sa peine, et sa peine tout entière; il a fourni la réparation intégrale du préjudice social, aussi pleinement qu'il fournirait la réparation du préjudice privé en payant entièrement les dommages-intérêts; le rendre responsable des amendes prononcées contre les autres condamnés, c'est la même chose que si on le forçait à subir l'emprisonnement qui leur a été infligé, s'ils venaient à mourir ou à s'évader. L'intérêt fiscal qui, pour le législateur de 1810[1], a motivé, sans le justifier, l'établissement de la solidarité, n'a pas paru en Belgique assez puissant pour entraîner une dérogation à la règle de la personnalité des peines.

c) La contrainte par corps, en matière d'amendes, est remplacée par un système emprunté à la règle anglaise et américaine : *qui nequit luere cum pecunia, luat cum corio.* « A défaut de payement dans le délai de deux mois à dater de l'arrêt ou du jugement, s'il est contradictoire, ou de sa signification, s'il est par défaut, l'amende pourra être remplacée par un emprisonnement dont la durée sera fixée par l'arrêt ou le jugement de condamnation, et qui n'excèdera pas six mois pour les condamnés à raison de crime, trois mois pour les condamnés à raison de délit, et trois jours pour les condamnés à raison de contravention. » — Cet emprisonnement subsidiaire a sur la contrainte par corps un avantage : il n'expose pas le condamné à subir d'abord l'incarcération et à payer néanmoins ensuite; il opère libération; du moment qu'il s'agit ici d'une peine, la société ne peut se plaindre de voir sa créance lui échapper : il suffit à son intérêt qu'une expiation ait eu lieu, sous une forme ou sous une autre. Quand il s'agit d'un condamné insolvable, cet emprisonnement apparaît ici avec son véritable caractère, celui d'une peine subsidiaire, et non avec le caractère menteur d'un moyen d'obtenir un payement impossible; comme conséquence, cet emprisonnement présente encore un avantage, celui d'être déterminé par le juge propor-

[1] Article 55 du Code pénal.

Digitized by Google

tionnellement à la gravité du fait, sans être abandonné plus ou moins à l'appréciation des agents du fisc.

Quand dernièrement, chez nous, on a voté la suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale, mais pour la maintenir en matière criminelle, on aurait peut-être évité une inconséquence, sans diminuer l'efficacité de la pénalité, en adoptant cette idée d'une peine subsidiaire.

La loi belge a d'ailleurs prévu le cas où un condamné, solvable mais avare, préférerait la prison à l'amende; elle a déjoué ce calcul, en disant qu'il ne pourrait se soustraire aux poursuites sur ses biens en offrant de subir l'emprisonnement (art. 41).

d) En ce qui concerne la confiscation spéciale, la loi belge a apporté une restriction au Code de 1810. Elle applique cette mesure : 1° aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre, quand la propriété en appartient au condamné; 2° aux choses qui ont été produites par l'infraction (art. 42). — Elle ne permet donc plus de confisquer les objets qui ont servi à commettre le délit, et qui appartiennent à des tiers, mesure vraiment injustifiable quand ces tiers ne sont pas complices de l'infraction : parce qu'il a plu à un malfaiteur de s'emparer de mon fusil ou de mon échelle pour commettre un vol ou un assassinat, dois-je être dépouillé de ma propriété au profit de l'État? Tel est pourtant le résultat de la loi française.

De plus, d'après la loi belge, la confiscation spéciale n'est prononcée pour contravention que dans les cas déterminés par la loi (art. 43); souvent en effet cette confiscation constituerait un dommage pécuniaire trop grave relativement à l'importance de la contravention.

12. *Peines accessoires en matière criminelle et correctionnelle.* — La loi belge a supprimé la mort civile; elle n'admet pas la dégradation civique comme peine principale. Mais elle attache aux peines criminelles et correctionnelles diverses *incapacités* très-analogues à celles du Code de 1810.

« Art. 31. Tous arrêts de condamnation à la peine de mort ou aux travaux forcés prononceront, contre les condamnés, l'interdiction à perpétuité du droit : 1° de remplir des fonctions, emplois ou offices publics; — 2° de vote, d'élection, d'éligibilité; — 3° de porter aucune décoration, aucun titre

Digitized by Google

de noblesse; — 4° d'être juré, expert, témoin instrumentaire ou certificateur dans les actes; de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements; — 5° de faire partie d'aucun conseil de famille, d'être appelé aux fonctions de tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, si ce n'est de leurs enfants et sur l'avis conforme du conseil de famille; comme aussi de remplir les fonctions de conseil judiciaire et d'administrateur provisoire; — 6° de port d'armes, de faire partie de la garde civique ou de servir dans l'armée; — 7° de tenir école, d'enseigner ou d'être employé dans un établissement d'instruction à titre de directeur, de professeur, de maître ou de surveillant.

« Art. 32. Les Cours d'assises *pourront* interdire, *en tout ou en partie, à perpétuité ou pour dix à vingt ans,* l'exercice des droits énumérés en l'article précédent, aux condamnés à la *reclusion* ou à la *détention.*

« Art. 33. Les Cours et tribunaux pourront, dans les cas prévus par la loi, interdire, en tout ou en partie, aux condamnés correctionnels l'exercice des droits énumérés en l'article 31, pour un terme de cinq ans à dix ans. »

Ces dispositions présentent de nombreuses analogies et quelques différences avec les règles établies dans les articles 28, 34 et 42 du Code de 1810. La principale différence est dans le caractère facultatif des incapacités attachées à la détention et à la reclusion.

13. L'*interdiction légale* a été maintenue par le Code belge comme accessoire de la peine de mort et des autres peines criminelles; cependant les condamnés à la détention ordinaire ne sont soumis à cette interdiction qu'en cas de récidive ou de concours de plusieurs crimes.

L'interdiction légale, pendant toute la durée de la peine, « enlève au condamné la capacité d'administrer ses biens, et d'en disposer, si ce n'est par testament » (art. 22). Ainsi est tranchée la controverse élevée en France sur la capacité de tester pour l'interdit légalement. Le Code belge ne reproduit pas d'ailleurs la disposition de la loi du 31 mai 1854, qui annule rétroactivement le testament fait par un condamné à une peine perpétuelle, et qui le rend incapable de recevoir par donation ou par testament, si ce n'est pour cause d'aliments.

Les biens de l'interdit légalement sont administrés par un

Digitized by Google

curateur, nommé dans les mêmes formes que les tuteurs; et pendant la durée de l'interdiction légale, il ne peut être remis au condamné aucune somme, provision ou portion de ses revenus (art. 23 et 24).

14. La surveillance de la haute police est maintenue en Belgique sous le nom plus rationnel de *surveillance spéciale de la police*. L'application de cette peine est toujours facultative pour le juge; en cas de condamnation à une peine criminelle, il peut la prononcer pour cinq ans au moins, vingt ans au plus; et pour la vie, en cas de récidive seulement. En matière correctionnelle la surveillance spéciale n'est encourue que dans les cas déterminés par la loi (art. 36, 37).

Le régime de la surveillance est établi dans l'article 35 : « Le renvoi sous la surveillance spéciale de la police donne au gouvernement le droit de déterminer certains lieux dans lesquels il sera interdit au condamné de paraître après qu'il aura subi sa peine. Avant sa mise en liberté, le condamné déclarera le lieu où il veut fixer sa résidence; il recevra une feuille de route réglant l'itinéraire dont il ne pourra s'écarter, et la durée de son séjour dans chaque lieu de passage. Il sera tenu de se présenter, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, devant le fonctionnaire désigné dans la feuille de route; il ne pourra changer de résidence sans en avoir informé, trois jours à l'avance, le même fonctionnaire qui lui remettra la feuille de route primitive visée pour se rendre à sa nouvelle résidence. » — C'est la reproduction à peu près textuelle de la loi de 1832; on ne retrouve pas ici la réglementation sévère du décret-loi du 8 décembre 1851, qui impose au condamné l'obligation absolue de résider dans le lieu fixé par le gouvernement, sans pouvoir jamais le choisir ni le changer lui-même, et qui, en cas de condamnation pour rupture de ban, permet de le transporter par mesure de sûreté générale.

Sans parler de cette dernière disposition, qui a des avantages certains au point de vue de la sécurité, mais dont la rigueur dépasse la gravité de l'infraction prévue, nous ne pouvons blâmer le législateur belge d'avoir préféré le système indulgent de la loi de 1832. La surveillance de la haute police, dont les bons effets sont très-douteux, a souvent pour conséquence forcée une série de délits nouveaux : la rupture de ban, le vagabondage, la mendicité, quelquefois le vol. Le

Digitized by Google

condamné, parqué dans un lieu dont il ne peut sortir, signalé à la défiance publique par sa position même, arrive bientôt à ne pouvoir, ni trouver du travail où il est, ni aller en chercher ailleurs; comme pris dans un engrenage fatal, il est entraîné de condamnation en condamnation; et sa vie s'écoule à subir dans les prisons les conséquences d'une peine accessoire, qui remonte souvent à ses premières années. Il suffit d'avoir suivi quelques audiences de police correctionnelle pour se pénétrer de cette conviction : l'aggravation du régime de la surveillance, sans ajouter beaucoup à la facilité des moyens d'investigation donnés à la police, est, dans bien des cas, une cause de misère pour le condamné et de désordres pour la société

Des autres condamnations qui peuvent être prononcées pour crimes, délits ou contraventions.

15. Il s'agit dans ce chapitre des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. Les dispositions qu'il contient reproduisent presque identiquement celles du Code de 1810 dans les articles 51, 52, 54, 55; nous avons déjà indiqué ce qu'elles décident quant à la solidarité.

La contrainte par corps est établie pour les restitutions et les dommages-intérêts; mais elle ne peut être exercée que contre les condamnés, et non contre les personnes civilement responsables du fait, ni contre la partie civile, si ce n'est en vertu d'une décision du juge (art. 46).

Quant aux frais, la durée de la contrainte par corps est fixée par le jugement dans les limites de huit jours à six mois; le condamné qui justifie de son insolvabilité, suivant les formes prescrites par le Code d'instruction criminelle, est mis en liberté, après avoir subi huit jours de contrainte (art. 47).

De la tentative de crime ou de délit.

16. Sur la question de la tentative, le législateur belge a fait droit aux critiques dont le Code de 1810 a été justement l'objet de la part des criminalistes [1].

[1] Voy. surtout *le Cours de droit pénal* de Rossi, où la question est traitée avec beaucoup de profondeur.

Digitized by Google

Ce Code met la tentative sur la même ligne que le crime consommé, toutes les fois qu'elle n'aura été suspendue ou n'aura manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. Laissant impunis, sauf disposition spéciale, et la résolution arrêtée de commettre le fait, et les actes préparatoires, il arrive sans transition à frapper également le crime tenté avec commencement d'exécution, mais suspendu avant son achèvement, le crime manqué, et enfin le crime consommé.

Une gradation était indiquée par la nature même des choses. Le crime manqué a lieu quand l'acte constitutif de l'infraction a été accompli entièrement par son auteur, mais que l'effet ne l'a pas suivi, par exemple quand l'empoisonneur a versé le poison, quand la victime l'a pris, mais qu'elle a pu être sauvée grâce à un remède promptement appliqué; alors, au point de vue moral et subjectif, la gravité du fait est la même que si le crime eût été consommé; le coupable l'a accompli autant qu'il était en lui. Néanmoins, la société n'a pas une réparation aussi grande à exiger, parce que le préjudice souffert a été moins considérable : le coupable peut bénéficier de ce que la loi pénale doit, au point de vue de l'utilité, considérer les résultats de fait et non pas seulement les intentions.

Dans le crime suspendu, quand l'acte criminel n'a pas été jusqu'au bout, par exemple quand le poison a été versé et présenté à la victime, mais qu'elle l'a refusé, la répression doit être plus faible encore. Une circonstance étrangère au coupable a empêché le crime, il est vrai; mais la seule possibilité d'un repentir de sa part, avant le dernier moment, doit inspirer une plus grande modération à la loi pénale : la présomption de la persévérance dans l'intention, si forte qu'elle soit, ne suffit pas pour assimiler la tentative au crime consommé; les intentions sont avant tout du domaine mystérieux de la conscience; elles ont leurs secrets que le législateur ne peut atteindre; il ne peut les frapper, que manifestée par un acte matériel : or ici l'acte matériel, et pour la victime et pour le coupable lui-même, a été moins grave que le crime consommé et même que le crime manqué; la répression doit donc être inférieure.

Ces raisons furent présentées aux Chambres françaises lors de la révision de 1832; mais on craignit de trop donner à la

Digitized by Google

théorie si on les accueillait. On crut avoir assez fait pour l'adoucissement de la loi, par l'introduction du système général des circonstances atténuantes : si la peine du crime paraît trop forte pour la tentative, dit-on, le jury admettra des circonstances atténuantes; cette latitude suffit. On oubliait que la loi défend au jury de penser aux dispositions des lois pénales et de considérer les suites que pourrait avoir sa déclaration par rapport à l'accusé (art. 342 C. d'instr. crim.). Aussi qu'est-il arrivé? C'est que le jury, dans l'ignorance réelle de la loi pénale, a plus souvent peut-être refusé les circonstances atténuantes à la tentative qu'au crime consommé. Il y a eu proportionnellement plus de condamnations à mort pour tentative que pour crime consommé [1]; et voici pourquoi : le jury, ne pouvant se persuader que le législateur eût jamais pu assimiler la tentative au fait accompli, ne croyait pas nécessaire de déclarer des circonstances atténuantes pour que la peine fût considérablement abaissée; et il était ensuite frappé de stupeur et d'effroi en apprenant, par l'arrêt de la Cour, la conséquence extrême de sa décision [2]. Quand il s'est agi de la peine de mort, des commutations sont intervenues presque nécessairement. Mais ce résultat, aussi bien que la pensée qui avait présidé aux décisions du jury, contient la condamnation par le sentiment public du système de la loi.

Le vice de ce système est rendu encore plus sensible par le rapprochement, dans le texte, de la punition d'une tentative de crime à l'égal du crime lui-même (art. 2) et de l'impunité complète de la tentative de délit, sauf exception par la loi (art. 3).

Le législateur belge n'a pas reculé devant une réforme : il n'a pas cependant été aussi loin que la théorie. Ainsi il a maintenu l'assimilation du crime tenté dont l'exécution est

[1] M. Ortolan (*Éléments de droit pénal*, éd. de 1855, p. 432) signale ce fait : de 1846 à 1850, sur 1,000 condamnés pour crimes consommés, il y a 13 condamnés à mort, 41 aux travaux forcés à perpétuité; sur 1,000 condamnés pour tentative, 18 à mort, 102 aux travaux forcés à perpétuité.

[2] Nous avons nous-même assisté à cet effet moral dans une affaire jugée par la Cour d'assises de la Vienne en 1862 (affaire Bolanneau); et les journaux judiciaires nous l'ont révélé de nouveau, à l'occasion d'une affaire de tentative d'empoisonnement jugée l'année dernière par la Cour d'assises de l'Aisne.

Digitized by Google

suspendue, avec le crime manqué : tous deux sont punis comme tentative; peut-être en effet la nuance morale serait-elle difficile à saisir dans beaucoup de circonstances; peut-être n'est-elle pas assez tranchée pour motiver *à priori* deux peines de degrés différents, mais seulement pour permettre au juge de la faire rentrer dans le nombre des appréciations d'ensemble qui dominent la cause. — D'autre part, la tentative de délit continue à être impunie en thèse générale : « La loi détermine dans quels cas et de quelles peines sont punies les tentatives de délits » (art. 53). On a sans doute pensé que pour ces faits d'une gravité inférieure, la tentative serait souvent difficile à reconnaître et ne causerait pas d'ailleurs un trouble assez grand pour que la société eût intérêt à punir.

Mais la réforme essentielle se trouve dans la disposition de l'article 52 : « La tentative de crime est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, conformément aux articles 80 et 81. »

La définition de la tentative est celle du Code pénal de 1810, mais un peu perfectionnée : « Il y a tentative punissable, lorsque la résolution de commettre un crime *ou un délit* a été manifestée par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. » — Ainsi se trouve résolue une question née du Code de 1810 : dans les cas où la tentative de délit est punissable en vertu d'un texte formel, est-il nécessaire qu'elle réunisse les caractères indiqués par l'article 2 en ce qui concerne les crimes? Ne peut-on pas la voir dans de simples actes préparatoires? La raison dit sans doute que des actes préparatoires ne sont jamais que des actes préparatoires et ne sauraient constituer une tentative, pas plus en matière de délits qu'en matière de crimes. Néanmoins le silence de la loi a pu amener des solutions contraires dans la jurisprudence; la définition commune aux deux matières, donnée par la loi belge, lève toute équivoque.

De la récidive.

17. L'aggravation de peine infligée au récidiviste se justifie par la perversité plus grande que suppose un crime ou un

Digitized by Google

délit, chez un individu déjà frappé par la justice, et non corrigé.

Le système des législations modernes en cette matière repose sur la comparaison des deux termes de la récidive, c'est-à-dire de la première infraction, ou plutôt de la peine qui l'a frappée, et de la seconde infraction prise en elle-même.

Si la première infraction a été légère, ne jamais en faire une cause légale d'aggravation de la seconde;

Si la première infraction a dû être frappée d'une peine de gravité moyenne, en faire une cause d'aggravation, quand la seconde peine à prononcer est elle-même une peine légère ou de gravité moyenne, mais non quand elle doit excéder notablement la première;

Si la première infraction a dû être atteinte de peines très-fortes, aggraver dans tous les cas les conséquences de la seconde infraction;

Telles sont les règles généralement admises.

Le Code de 1810, conformément à ces règles, avait établi le système suivant :

En cas de récidive de crime à crime, ou de crime à délit, aggravation forcée, sauf une exception pourtant : quand le crime commis en second lieu entraînait par lui-même les travaux forcés à perpétuité, l'aggravation, ne pouvant consister que dans la peine de mort, ne devait avoir lieu que si la première condamnation avait elle-même prononcé les travaux forcés à perpétuité;

En cas de récidive de délit à crime, jamais d'aggravation;

En cas de récidive de délit à délit, aggravation, mais seulement si la première condamnation avait excédé un an d'emprisonnement (art. 56, 57, 58 C. pén.)[1].

L'introduction en 1832 du système des circonstances atténuantes dut apporter une modification à ce mécanisme. Il pouvait arriver qu'un crime, passible en lui-même des travaux

[1] Les contraventions n'entrent jamais en ligne de compte, ni comme premier ni comme second terme de la récidive; leur nature spéciale exclusive ordinairement de l'examen de l'intention et par conséquent de la criminalité vraie, explique ce résultat. Elles ne peuvent donner lieu qu'à l'application de la récidive spéciale pour réitération d'une même contravention, dans les cas prévus par la loi.

Digitized by Google

forcés à temps ou de la reclusion, ne fût puni que d'un emprisonnement correctionnel. Dans ce cas le crime n'a pas, moralement et légalement, plus de gravité qu'un simple délit; aussi la loi de 1832 n'admit-elle l'aggravation pour récidive de crime à crime que si le premier avait été frappé de peines afflictives ou infamantes.

Les auteurs de la révision de 1863 pensèrent que la logique exigeait davantage. Dans le cas où la seconde infraction était un crime, mais ne devait être punie que de peines correctionnelles, à raison d'excuses légales ou de circonstances atténuantes, ils pensèrent qu'on devait l'assimiler à un délit, établir par conséquent une aggravation, lors même qu'il n'y aurait eu antérieurement qu'une condamnation correctionnelle à un emprisonnement de plus d'un an. — Pour le cas où le second fait est atténué par une excuse légale, la logique exigeait en effet un pareil résultat. Mais pour le cas de circonstances atténuantes, les auteurs de la révision ne virent pas, ou virent très-confusément, que les circonstances atténuantes doivent nécessairement constituer une appréciation d'ensemble, qu'elles portent sur l'élément individuel de la culpabilité, qui domine d'une façon générale les éléments légaux, comme la récidive, et s'apprécie après eux. Ils arrivèrent ainsi à un système hybride, dont ils ne se rendirent pas bien compte eux-mêmes; et s'ils ont en effet entendu (car leur intention est restée assez douteuse), que l'application des circonstances atténuantes devait en certains cas passer avant celle de la récidive, ils ont troublé l'harmonie générale de la loi; la règle ordinaire est en effet que les circonstances atténuantes s'apprécient après la récidive [1].

Le législateur belge ne s'est pas piqué de cette logique à outrance. Il a cependant perfectionné le système de 1810 et celui de 1832, mais surtout dans le sens de la modération.

Quand le premier terme de la récidive est une condamnation à une peine criminelle, que la seconde infraction soit un crime ou un délit, la règle générale est une aggravation de la seconde peine. Mais cette aggravation, au lieu d'être forcée comme en France, est en principe facultative pour le juge. De plus, la

[1] V. sur ce point un remarquable article de M. Labbé, dans la *Revue critique*, t. XXIV, p. 278 (année 1864).

Digitized by Google

loi fait des exceptions à la possibilité même de l'aggravation.

18. Comparons de plus près ses dispositions avec celles de la loi française.

Si le second crime est de nature à entraîner les travaux forcés à perpétuité, l'aggravation consisterait nécessairement à prononcer la peine de mort; s'il devait entraîner les travaux forcés de seize à vingt ans, elle pourrait consister, soit à élever le maximum, soit à appliquer les travaux forcés à perpétuité.

Devant le premier de ces résultats, le législateur de 1810 lui-même a reculé : ces deux peines qui se suivent dans l'échelle de la loi, les travaux forcés à perpétuité et la mort, sont incommensurables entre elles; il y a un abîme entre les deux; et il semble que, pour le franchir, il soit nécessaire de trouver, dans la nature même des faits à punir, de profondes différences. Aussi le Code de 1810 n'a-t-il admis que la récidive pût faire substituer la mort aux travaux forcés à perpétuité, que si le premier terme de la récidive est lui-même une condamnation aux travaux forcés à perpétuité. Dans ce cas spécial, sa sévérité se comprend : le condamné aux travaux forcés à perpétuité aurait en quelque sorte un brevet d'impunité pour tous les nouveaux crimes qu'il commettrait, et qui ne seraient pas par eux-mêmes punis de mort; il pourrait, sinon assassiner avec préméditation, au moins s'abandonner à ses instincts de violence, et commettre tous les meurtres possibles, sans être retenu par la crainte d'un châtiment plus grand. Ces raisons n'ont pas arrêté le législateur belge : peut-être a-t-il cru que le danger serait suffisamment conjuré par la crainte des terribles châtiments disciplinaires infligés aux condamnés, et par celle de perdre toute chance d'une grâce future. — Il est impossible de dissimuler pourtant que le danger subsiste. Et, une fois admise la peine de mort, c'est peut-être un de ses cas d'application les plus importants dans l'intérêt social; le remède des circonstances atténuantes permettrait toujours de revenir à la peine des travaux forcés, quand la mort serait véritablement hors de proportion avec le crime commis.

Le législateur belge n'admet pas non plus que, par l'effet de la récidive, les travaux forcés de seize à vingt ans puissent être aggravés. Seulement le coupable devra être condamné à dix-huit ans au moins de cette peine; mais le maximum ne

Digitized by Google

sera pas élevé. A ce point de vue encore, il n'était pas nécessaire de pousser l'indulgence aussi loin; tout au moins aurait-on pu permettre au juge d'élever le maximum des travaux forcés à vingt-cinq ou trente ans, sans aller, comme la loi française, jusqu'à quarante ans, c'est-à-dire à une perpétuité déguisée.

19. A part ces deux grandes différences, à part aussi le caractère facultatif de l'aggravation, les autres dispositions de la loi belge se rapprochent de celles de notre Code.

« Art. 54. Quiconque ayant été condamné à une peine criminelle aura commis un crime emportant la reclusion, *pourra* être condamné aux travaux forcés de dix à quinze ans. — Si le crime emporte les travaux forcés de dix à quinze ans, le coupable *pourra* être condamné aux travaux forcés de seize à vingt ans. — Il sera condamné à dix-huit ans au moins de cette peine, si le crime emporte les travaux forcés de seize à vingt ans.

« Art. 55. Quiconque ayant été condamné à une peine criminelle aura commis un crime puni de la détention de cinq à dix ans, *pourra* être condamné à la détention de onze ans à quinze ans. — Si le crime est puni de la détention de onze ans à quinze ans, le coupable pourra être condamné à la détention extraordinaire. — Il sera condamné à dix-huit ans au moins de détention, si le crime emporte la détention extraordinaire.

« Art. 56. Quiconque après une condamnation à une peine criminelle aura commis un délit, pourra être condamné à une peine double du maximum porté par la loi contre le délit. » — La loi ajoute aussi la faculté pour le juge de prononcer la surveillance spéciale de la police de cinq à dix ans (même art., *in fine*).

20. Reste enfin l'application de la récidive, quand le premier fait a été puni de peines correctionnelles. Elle est réglée par le même article 56 : « La même peine (c'est-à-dire la peine double du maximum ordinaire, avec surveillance de la police), *pourra* être prononcée, en cas de condamnation antérieure à un emprisonnement d'un an au moins, si le condamné a commis le nouveau *délit* avant l'expiration de cinq ans depuis qu'il a subi ou prescrit sa peine. » — Le projet primitif se contentait d'un emprisonnement de six mois pour constituer le premier terme de la récidive. Sur la proposition de la com-

Digitized by Google

mission du Sénat, on a exigé un emprisonnement d'un an; on n'a pas cru devoir exiger un emprisonnement *de plus d'un an*, comme le Code français, ce qui explique chez nous ces condamnations, si bizarres au premier abord, *à un an et un jour* d'emprisonnement.

Une particularité est encore à noter dans le cas de récidive après une condamnation à l'emprisonnement. Tandis que les condamnations à des peines criminelles conservent indéfiniment, comme chez nous, la propriété de donner lieu à l'aggravation pour cause de récidive, la condamnation à l'emprisonnement la conserve seulement pendant cinq années après l'accomplissement ou la prescription de la peine. Rien de plus rationnel : quand un homme, après avoir subi une peine relativement légère, est resté cinq ans honnête, s'il lui arrive de commettre un autre délit, il n'y a plus une relation nécessaire entre les deux faits; on ne peut dire que le second soit le résultat d'une perversité continue; c'est en quelque sorte un homme nouveau, qui a commis un délit sans antécédent. La première condamnation a-t-elle entraîné au contraire une peine criminelle, l'avertissement doit toujours subsister dans toute sa force, et l'aggravation se justifierait dans tous les cas; mais, là encore, la loi belge, par ses dispositions facultatives, permet aux juges de ne pas tenir compte de la récidive.

En toute cette matière, la nouvelle législation paraît s'être proposé d'aller jusqu'à l'extrême limite de l'indulgence. On dirait qu'elle a craint de paraître punir une seconde fois une première faute, en lui laissant une influence trop grande sur la punition des fautes ultérieures.

LÉOPOLD THÉZARD.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

NOTICE

PRÉSENTANT PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE LE RELEVÉ ET LA DÉSIGNATION DES PERSONNES ET DES ASSOCIATIONS QUI ONT PRIS LA PART LA PLUS NOTABLE AU MOUVEMENT ABOLITIONISTE DE LA PEINE DE MORT, DANS LES TRAVAUX DE LA SCIENCE, DANS LES DÉBATS DES ASSEMBLÉES LÉGISLATIVES ET DANS LES ACTES DES GOUVERNEMENTS, DEPUIS LE COMMENCEMENT DE CE SIÈCLE.

Par M. Hello, inspecteur général honoraire adjoint des prisons.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

Un célèbre professeur à l'Université de Liége, M. Nypels, a publié, il y a quelques années, une bibliographie du droit criminel européen, comprenant la notice de tous les ouvrages utiles à connaître sur la science et le développement progressif des perfectionnements du droit pénal. C'est dans cette intéressante publication et dans les précieux renseignements de plusieurs savants étrangers que nous avons puisé les éléments de cette notice, que nous nous proposons ultérieurement de faire remonter jusqu'à Beccaria. Mais nous bornons présentement ce travail au XIXe siècle, comme étant le point de vue qui nous touche de plus près et qui doit nous intéresser davantage.

« Le droit pénal tel qu'on le comprend de nos jours, dit avec raison M. Nypels, présente à un plus haut degré que les autres parties de la science du droit le caractère de l'universalité ou du cosmopolitisme. Cela tient à la nature même de ce droit. »

Il en résulte que pour apprécier les tendances progressives de la science pénale, et surtout la plus haute de ses aspirations, celle de la suppression de la peine de mort, il faut embrasser, au point de vue européen, ce mouvement abolitioniste, et y suivre les efforts successifs de tous ceux qui, à quelques titres que ce soit, publicistes, jurisconsultes, législateurs ou hommes d'État, y ont pris la plus sérieuse participation dans les travaux de la science, dans les débats des assemblées législatives et dans les conseils des gouvernements.

Cette notice récapitulative, dont l'utilité doit surtout se recommander par son intérêt historique, ne saurait toutefois que tourner au profit de l'opinion abolitioniste.

Digitized by Google

En France, notamment, où l'on est trop disposé à croire que cette opinion n'est généralement partagée en Europe que par des utopistes, on ne sera peut-être pas médiocrement surpris d'y trouver tant de noms illustres, non-seulement dans la science, mais dans la magistrature, dans l'administration et dans les plus hautes régions gouvernementales.

Nous avons suivi dans cette notice l'ordre chronologique, comme le seul conforme à notre intention d'éviter avec le plus grand soin toute prétention à apprécier le mérite relatif de ces nombreux et célèbres coopérateurs au mouvement abolitioniste. C'est à l'opinion publique qu'il appartient à cet égard de juger et de prononcer.

Quant à nous, nous nous sommes borné à interroger les dates et à les suivre dans notre énumération. Toutefois, pour éviter une fâcheuse confusion, nous avons cru devoir présenter cette énumération d'une manière distincte et séparée pour les différents pays, mais en subordonnant encore ici à l'ordre chronologique la place qui revenait à chacun d'eux. Si cette notice débute par la France, on ne saurait suspecter notre patriotisme de partialité. Nous ne prétendons pas, du reste, que cette notice soit exempte d'omissions; tout ce que nous pouvons affirmer, c'est qu'elles sont involontaires, et nous serons heureux d'accueillir et d'insérer toutes les indications de nature à nous procurer d'utiles rectifications. Cette notice n'est évidemment que le premier jalon d'un travail appelé à se compléter [1].

Il est un dernier point sur lequel il nous reste à nous expliquer. Nous avons considéré le mouvement abolitioniste au point de vue de la suppression générale et absolue de la peine de mort, et nous n'avons pas eu par ce motif à nous préoccuper de comprendre dans notre énumération les noms et les œuvres de plusieurs hommes illustres, qui ont coopéré d'une manière si honorable et si méritoire à l'abolition partielle de la peine de mort en matière politique. Mais alors même que nous eussions étendu jusque-là notre cadre, la France encore commanderait la première notre attention et la reconnais-

[1] Nous devons mentionner ici que, faute de renseignements suffisants, nous n'avons pu comprendre la Russie dans notre énumération. C'est une lacune à remplir.

Digitized by Google

sance du monde civilisé. C'est M. Guizot, ainsi que nous l'avons déjà dit ailleurs [1], qui, par son célèbre écrit sur l'abolition de la peine de mort en matière politique, provoqua en 1822 cette réforme, en interprétant avec une si haute raison la philosophie de l'histoire. Il est vrai que l'éminent écrivain, au lieu de profiter de son passage prolongé au pouvoir pour faire décréter par la loi le renversement de l'échafaud politique, en laissa le mérite à l'Empire, au nom duquel l'éloquence de M. Rouher a eu le droit, dans la séance du Corps législatif du 9 juillet dernier, d'en revendiquer la gloire [2].

Un mot encore. Il serait bien surprenant qu'à notre époque une pareille réforme n'eût été soumise qu'à l'action des efforts individuels, sans éprouver la puissance de l'esprit d'association. C'est de ce côté, en effet, que le mouvement abolitioniste a reçu dans ce siècle sa plus féconde impulsion. Aussi la première date que cette notice ait à enregistrer est-elle celle de l'existence et de l'influence de la *Société de la morale chrétienne* en France, dont l'imitation se propage plus tard en Angleterre, en Belgique et en Allemagne.

[1] *Revue critique de législation*, t. XXIX, octobre 1866; compte rendu de M. Mittermaier.

[2] En publiant l'intéressante notice de M. Hello, le comité de la *Revue critique* n'entend pas se prononcer sur la question de l'abolition de la peine de mort. — Il est juste aussi de faire remarquer que si M. Rouher a pu revendiquer, pour le gouvernement impérial, la suppression de la peine de mort en matière politique, le principe fut proclamé le lendemain de la Révolution de 1848. L'histoire, en général, est tenue d'être impartiale; mais cette qualité convient surtout à l'histoire du droit.

(*Note de la Direction.*)

Digitized by Google

RELEVÉ (1) *présentant par ordre chronologique, dans les divers pays de l'Europe, la désignation des personnes ou des associations qui ont pris la part la plus notable au mouvement abolitioniste de la peine de mort, dans les travaux de la science, les débats des Assemblées législatives et dans les actes des gouvernements.*

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
			France.
1826	Société de la morale chrétienne.	Paris.	Concours ouvert sur la question de la légitimité et de l'efficacité de la peine de mort.
1827	Charles Lucas (2).	Id.	Du système pénal et du système répressif en général, et de la peine de mort en particulier (3).
	Id.	Id.	1828. — Lettre au comte de Sellon, fondateur du concours de Genève, sur la manière dont la réforme abolitioniste de la peine de mort doit, dans un avenir plus ou moins prochain, s'accomplir au sein des divers États de l'Europe, sous l'influence de l'idée pénitentiaire inspirée par la civilisation chrétienne.
	Id.	Id.	1828. — Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis. Introduction indiquant la réforme pénitentiaire comme le moyen d'arriver à l'abolition de la peine de mort.
	Id.	Id.	1830. — Pétition imprimée et distribuée aux Chambres pour l'abolition de la peine de mort, avec les adhésions des membres les plus distingués du barreau de Paris.
	Id.	Id.	1831. — Recueil des débats législatifs sur la peine de mort.
	Id.	Id.	1832 à 1864. — Publications diverses et communications à l'Institut.
	id.	Id.	1865. — Rapport à l'Institut sur la question de la peine de mort.
	Id.	Id.	1867. — Observations à l'Institut sur la peine de mort. Pétition au Sénat pour la suppression de l'exécution publique des condamnés à mort.
1830	Victor de Tracy (4).	Id.	Développement de sa proposition sur l'abolition de la peine de mort, à la séance du 17 août 1830.
1830	Bérenger (de la Drôme) (5).	Id.	Rapport du 7 octobre 1830 sur la proposition abolitioniste de M. de Tracy, à la Chambre des députés.
			1855. — De la répression pénale.
	Id.	Id.	1864. — Compte rendu de la Société de patronage pour les libérés de la Seine.

(1) Ce relevé chronologique ne mentionne que les ouvrages et les opinions des personnes qui se sont prononcées pour l'abolition absolue de la peine de mort.

(2) Avocat en 1827, et postérieurement inspecteur général des établissements pénitentiaires et membre de l'Institut, président du conseil des inspecteurs généraux des services administratifs du ministère de l'intérieur.

(3) Ouvrage couronné par la Société de la morale chrétienne et dans le concours ouvert à Genève.

(4) Député, postérieurement ministre de la marine.

(5) Membre de la Chambre des députés en 1830, membre de l'Institut, postérieurement pair de France et président à la Cour de cassation.

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
			France (suite).
1830	Dupin aîné (1).	Paris.	L'éminent jurisconsulte, qui, dans ses observations sur la législation criminelle, ne s'était prononcé que pour la suppression de la peine de mort en matière politique, se déclare pour l'abolition absolue à l'occasion de la proposition de M. de Tracy. (V. lettre du 8 septembre 1830, au journal des Débats.)
1830	Mérilhou (2).	Décédé.	Adhésion à la pétition abolitioniste distribuée aux Chambres en 1830.
1830	Vivien (3).	Décédé en 1855.	Id., id.
1830	Léon Faucher (4).		Même adhésion. Divers articles dans le Courrier français.
1830	Carnot (5).		Même adhesion. Plusieurs articles dans le journal de la Morale chrétienne.
1830	Jules Bastide (6).		Même adhésion. Articles dans le National.
1836	Victor Hugo (7).	Paris.	Le Dernier jour d'un condamné.
1848	De Lamartine (8).	Id.	Proclamation au nom du gouvernement du principe de l'inviolabilité de la vie humaine. Publications antérieures de différents articles, notamment dans la Gazette des tribunaux pour l'abolition absolue de la peine de mort.
1864	Jules Favre (9).	Id.	Discours à la Chambre des députés.
1864	Franck (10).	Id.	Philosophie du droit pénal.
1865	Leven (11).	Id.	Traduction de l'ouvrage de Mittermaier sur la peine de mort, d'après les travaux de la science, les progrès de la législation et les résultats de l'expérience, avec une introduction du traducteur.
1867	Ortolan (12).	Id.	Eléments du droit pénal, 3e édition, revue et augmentée, avec un supplément de 1867.
			Suisse.
1826	De Sellon (comte) (13).	Genève.	Concours ouvert, à l'exemple de la Société de la morale chrétienne à Paris, sur l'abolition de la peine de mort, par M. le comte de Sellon.
	Id.	Id.	1827. — Proposition au conseil souverain de Genève pour l'abolition de la peine de mort.
	Id.	Id.	1828. — Lettres et discours en faveur du principe de l'inviolabilité de la vie de l'homme.
1864	Hubert (14).	Zurich.	Rapport en faveur de l'abolition de la peine de mort.
1865	Saintés (15).	Bienne.	Mémoire contre la peine de mort à la Société d'utilité publique de la Suisse romande.

(1) Député, postérieurement président de la Chambre des députés, sénateur, procureur général à la Cour de cassation, membre de l'Institut.
(2) Avocat, postérieurement ministre de la justice.
(3) Député, avocat, conseiller d'État, ministre de la justice, membre de l'Institut.
(4) Avocat, député, ministre de l'intérieur, membre de l'Institut
(5) Avocat, postérieurement député, ministre de l'instruction publique en 1848.
(6) Avocat, postérieurement député, ministre des affaires étrangères.
(7) Membre de l'Institut.
(8) Deputé, ministre des affaires étrangères et membre du gouvernement provisoire en 1848, membre de l'Institut.
(9) Avocat, député, membre de l'Institut.
(10) Professeur au collége de France, membre du consistoire israélite, membre de l'Institut.
(11) Avocat du barreau de Paris.
(12) Professeur à l'École de droit.
(13) Membre du conseil souverain de Genève.
(14) Membre du grand conseil.
(15) Pasteur de l'Eglise réformée.

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
			Belgique.
1827	Édouard Ducpétiaux (1).	Bruxelles.	Analyse des principes de l'ouvrage de M. Lucas sur la peine de mort, publiée en deux brochures, l'une sous le titre de Justice de prévoyance, l'autre sous celui de Justice de répression.
	Id.	Id.	1865. — La question de la peine de mort envisagée dans son actualité.
1828	Charles de la Brouckère (2).	Id.	Discours et vote abolitioniste dans la session des états généraux à l'occasion du projet de Code pénal revisé.
1832	Henri de la Brouckère (3).	Id.	Discours et motion abolitioniste.
			1835. Id., id.
1848	Nypels (4).	Liége.	Opinion abolitioniste comme membre de la commission de révision du Code pénal en 1848.
			1862. — Article dans la Belgique judiciaire.
			1863. — Participation active à la fondation de la Société de Liége, pour l'abolition de la peine de mort.
1848	Haus (5).	Gand.	Rapporteur de la commission instituée en 1848 par le gouvernement, pour élaborer un nouveau projet de Code pénal.
			1867. — M. Haus, qui, dans son rapport de 1848, n'avait admis l'abolition de la peine de mort qu'en matière politique, se prononce définitivement pour l'abolition absolue dans son remarquable écrit publié en 1867 sur la peine de mort : son passé, son présent, son avenir.
1851	De Perseval (6).		Motion abolitioniste.
1851	Veydt (7).		Discours abolitioniste.
1863	Thonissen (8).	Louvain.	Ecrit abolitioniste sur la prétendue nécessité de la peine de mort.
			1867. — Discours abolitioniste à la Chambre des députés et participation active aux débats sur la proposition d'abolition de la peine de mort.
1863	Bury (9).	Liége.	Discours abolitioniste prononcé dans une séance de la Société d'émulation de Liége. Participation active à la fondation de la Société de Liége pour l'abolition de la peine de mort.
	Id.	Id.	Discours au congrès tenu à Gand par l'association internationale pour le progrès des sciences sociales.
1863	Théophile de Fallon (10).	Bruxelles.	Revue rétrospective et sommaire touchant la question de la peine de mort en Belgique, par un ancien membre des états généraux et du congrès national.
			M. de Fallon s'était prononcé, dès 1828, contre la peine de mort, en votant pour la

(1) Inspecteur général des établissements pénitentiaires et de bienfaisance, correspondant de l'Institut impérial de France.
(2) Député, ancien ministre de la guerre.
(3) Ancien ministre des affaires étrangères, actuellement ministre d'État.
(4) Professeur à l'Université de Liége, vice-président de la Société abolitioniste de Liége, criminaliste d'une profonde érudition.
(5) Professeur à l'Université de Gand.
(6) Ancien représentant.
(7) Ancien ministre des finances.
(8) Professeur à l'Université catholique de Louvain, membre de la Chambre des représentants.
(9) Avocat, secrétaire de la Société de Liége.
(10) Ancien membre des états généraux, ancien président de la Chambre des représentants, actuellement président à la Cour des comptes.

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
	Belgique (suite).		
			proposition d'abolition de cette peine, soumise par M. de Brouckère aux états généraux.
1863	Forgeur (1).	Bruxelles.	Participation active à la fondation de la Société de Liége.
	Id.	Id.	1866. — Discours prononcé au Sénat pour l'abolition de la peine de mort. M. Forgeur rappelle dans ce discours son ancienne et persévérante conviction abolitioniste, qui date de 1829.
1863	Visschers (2).	Liége.	Discours abolitioniste prononcé à la Société de Liége pour l'abolition de la peine de mort.
	Id.	Id.	1864. — Du premier essai tenté en Belgique pour l'abolition de la peine de mort. 1865. — Déposition abolitioniste devant la commission royale d'Angleterre.
1866	Bara (3).	Bruxelles.	Discours abolitioniste prononcé, comme ministre de la justice, au Sénat en 1866, et à la Chambre des représentants en 1867.
1867	Frère Orban (4).	Id.	Vote abolitioniste dans les débats de 1867, au sein de la Chambre des représentants sur la peine de mort.
1867	Rogier (5).	Id.	Id., id.
	ALLEMAGNE.		
	Wurtemberg.		
1831	Escheumayer (6).	Tubingue.	Abolition de la peine de mort. Publication.
1855	Kostlin (7).	Id.	Système du droit pénal allemand. L'achèvement de cet important travail a été interrompu par la mort prématurée de l'auteur, en 1858.
1858	Mollner (8).	Stuttgard.	Psychologie criminelle.
1864	Bécher (9).	Id.	Discours et motion abolitioniste.
1864	Rômer (10).	Id.	Rapporteur de la commission proposant l'abolition de la peine capitale.
	Grand-duché de Bade.		
1832	Grohmann (11).	Carslruh.	Le principe du droit pénal.
1839	Zœpfl (12).	Heidelberg.	Mémoire sur la question de la légitimité et de l'utilité de la peine de mort.
1861	Mittermaier (13).	Id.	De la peine de mort d'après les travaux de la science, les progrès de la législation et les résultats de l'expérience. Ouvrage remarquable, traduit en plusieurs langues vivantes de l'Europe.

(1) Sénateur, président de la Société de Liége.
(2) Membre du conseil des mines.
(3) Député, ministre de la justice.
(4) Membre de la Chambre des représentants, ministre des finances au moment du vote.
(5) Membre de la Chambre des représentants, ministre des affaires étrangères au moment du vote.
(6) Criminaliste.
(7) Professeur, décédé en 1858.
(8) Criminaliste.
(9) Avocat, membre de la Chambre des députés.
(10) Député.
(11) Criminaliste.
(12) Professeur à l'Université de Heidelberg.
(13) Drofesseur à l'Université de Heidelberg.

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
			Bavière.
1833	Neubig (1).	Nuremberg.	Illégitimité de la peine de mort.
1854	Von Arnold (2).	Munich.	Plusieurs articles insérés dans les articles du droit criminel. Célèbre recueil fondé à la fin du XVIIIe siècle par Kleinschrod et Klein, et qui, après avoir rendu les plus grands services à la science et à la législation, a cessé de paraître en 1857, parce que, ainsi que le fait judicieusement remarquer M. Nypels, sous l'ère nouvelle des codifications particulières, chaque état a voulu avoir son recueil spécial.
1854	Comte de Reigersberg (3).	»	Article inséré dans le journal des Archives du droit criminel.
1857	Schlatter (4).	Erlangen.	Illégitimité de la peine de mort.
1864	Schrant (5).	Munich.	L'art de guérir et la peine de mort.
			Saxe.
1841	Schaffrath (6).	Leipzig.	Principe du droit pénal.
1867	Beschorner (7).	Dresde.	Pétition abolitioniste présentée au nom de cinquante et un avocats de la Saxe, à la Chambre des députés, le 14 janvier 1867.
1867	Walther (8).	Id.	Rapporteur de la commission chargée de l'examen de la pétition des cinquante et un avocats précités, et composée de MM. Gunther, Weidaner, Mosch, de Ferber, Seydel, Otto, députés. Le rapport conclut au renvoi de la pétition à l'examen du gouvernement et de la première chambre des États.
			Prusse.
1843	Wollner (9).	Francfort.	La science de la vie dans ses rapports avec la peine de mort.
1848	Maerker (10).	Berlin.	A défendu la cause de l'abolition de la peine de mort dans un remarquable discours au parlement de Berlin, en 1848, comme ministre de la justice.
1851	Berner (11).	Id.	Suppression de la peine de mort. Dresde, 1851.
1856	Trummer (12).	Hambourg.	Rapports de la législation pénale actuelle avec le christianisme.
1861	Gotting (13).	Hildesheim	Le droit, la vie et la science.
1865	Holzendorf (14).	Berlin.	Articles abolitionistes insérés dans plusieurs journaux scientifiques, et notamment dans le Journal général de la science criminelle en Allemagne dont il est le rédacteur et fondateur. Connu par plusieurs ouvrages remarquables.

(1) Criminaliste.
(2) Conseiller d'État, ancien ministre de la justice.
(3) Ancien ministre de la justice.
(4) Criminaliste.
(5) Docteur en médecine, député.
(6) Criminaliste.
(7) Le titre de procureur des finances lui est donné par le rapport sur cette pétition.
(8) Député.
(9) Criminaliste.
(10) Ancien ministre de la justice.
(11) Professeur à l'Université de Berlin.
(12) Avocat.
(13) Criminaliste.
(14) Professeur de droit pénal à l'Université de Berlin.

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
			Hollande.
1831	Donker Curtius van Fienhoven (1).	Utrecht.	Se met à la tête de l'opinion abolitioniste au sein des États-Généraux, et du mouvement qui se produit au dehors par des publications philosophiques et littéraires.
1859	Bost (2).	Id.	Comme ministre il avait exprimé les regrets du maintien de la peine de mort dans le projet du Code pénal revisé de 1859, et se déclara pour l'abolition au sein de la discussion, au Conseil d'État, du nouveau Code pénal.
1862	Wreed (3).	Id.	Discours abolitioniste prononcé à la Société des arts et des sciences d'Utrecht. Section de jurisprudence. Divers articles dans les journaux littéraires.
1862	Jolles (4).	Id.	Discours abolitioniste dans les débats qui ont eu lieu à la même Société, en 1862.
1862	Ollivier (5).	Id.	Projet abolitioniste de la peine de mort, proposé au Conseil d'État par M. Ollivier, comme ministre de la justice, qui fut adopté par onze voix contre quatre.
1862	Thorbeck (6).	Id.	S'est prononcé pour l'abolition de la peine de mort, comme ministre.
1863	Vos (7).	Leyde.	Traduction de l'ouvrage de Mittermaier sur la peine de mort, avec une introduction abolitioniste.
1864	Donkersloot (8).	Tiel.	Examen psychologique de la peine de mort.
			Italie.
1836	Carmignani (9).	Pise.	Dans son premier ouvrage sur la jurisprudence pénale, publié en 1795, le célèbre criminaliste Carmignani se prononçait pour le maintien de la peine de mort, mais, éclairé par une étude plus approfondie et une plus longue expérience, il exprime sa conviction abolitioniste dans la publication d'une leçon académique, en 1836, à Pise.
1848	Pisanelli (10).	Naples.	Dissertation sur la peine de mort. Naples.
	Id.	Id.	1862. — Écrit sur la peine de mort. Turin.
	Id.	Id.	1865. — Rapporteur de la commiss. législat. qui proposa l'abolition de la peine de mort.
1852	Albini (11).	Turin.	Leçons académiques.
1860	Baron Ricasoli (12).	Florence.	Décret qui abolit la peine de mort en Toscane, comme président du gouvernement provisoire de Toscane.
1861	Ellero Petro (13).	Bologne.	Fondation en 1861 du journal sur l'abolition de la peine de mort, qui a rendu d'utiles services à la science et a cessé de paraître depuis 1865.
	Id.		1860. — De la critique en matière criminelle. Opinion abolitioniste professée dans

(1) Membre des États-Généraux et président de la haute Cour.
(2) Ministre de la justice en 1859.
(3) Professeur à l'Université d'Utrecht.
(4) Conseiller à la haute Cour des Pays-Bas.
(5) Ministre de la justice; cabinet du 1er février.
(6) Ministre; cabinet du 1er février.
(7) Juge au tribunal de Leyde.
(8) Médecin aliéniste.
(9) Professeur à l'Université de Pise, mort en mars 1847.
(10) Ancien ministre de la justice du royaume d'Italie, député.
(11) Professeur à l'Université de Turin, membre du conseil de l'instruction publique, mort en 1863.
(12) Député, ancien président du conseil des ministres.
(13) Professeur à l'Université de Bologne, député.

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
			Italie (suite).
			le cours de son enseignement et comme membre de la commission chargée de la révision du nouveau Code pénal.
1862	César Cantu.	Florence.	Ouvrage intitulé : Beccaria et le droit pénal.
1863	Pessina (1).	Naples.	De la peine de mort.
1863	Carrara (2).	Pise.	Articles abolitionistes dans le journal publié par M. Petro Ellero.
	Id.	Lucques.	1865. — Brochure sur l'abolition de la peine de mort.
1855	Mancini (3).	Florence.	Divers travaux législatifs et notamment discours en 1865, à la Chambre des députés, pour l'abolition de la peine de mort. Avait déjà combattu à Naples, en 1848, la peine de mort au sein de la Chambre des députés.
1865	Burcelati (4).	Milan.	Principes du droit pénal.
1865	Villani (5).	Salerne.	De l'origine du droit de punir.
1865	Tamasca (6).	Florence.	De la peine de mort.
			Angleterre.
1840	Ewart (7).	Londres.	Célèbre par ses motions abolitionistes renouvelées presque chaque année depuis 1840, et notamment par celles de 1847 et 1864, qui ont eu les plus importants résultats.
1854	Meate (8).	Id.	Considérations relatives à la peine de mort, 2e édition, 1863. 1864. — Discours abolitioniste.
1858	Philipps (9).	Id.	De la peine de mort.
1861	Lord Hobard (10).	Id.	Sur l'application de la peine de mort à l'assassinat.
1864	Lord Brougham (11).	Id.	Discours abolitioniste prononcé dans la nationale association pour le progrès des sciences morales à York.
1864	Beggs (12).	Id.	Discours abolitioniste prononcé à l'association nationale pour le progrès des sciences sociales.
	Id.	Id.	Participation à la fondation de la société de Londres pour l'abolition de la peine capitale.
1865	Lord John Russel (13).	Id.	Opinion abolitioniste développée dans l'introduction de la nouvelle édition de son ouvrage sur la constitution de l'Angleterre.
1865	Tallak (14).	Id.	Articles insérés dans le Journal des Sciences sociales. Participation active à la fondation de la Société pour l'abolition de la peine de mort.
	Id.	Id.	1866. — Écrits sur les résultats de l'abolition totale ou partielle de la peine de mort.
	Id.	Id.	1866. — Rapport sur les travaux de la société.

(1) Professeur de droit pénal à Naples, député, membre de la commission de révision du Code pénal.
(2) Professeur à Pise, député, membre de la commission de révision du Code pénal.
(3) Professeur à Turin, ancien ministre de l'instruction publique, député, membre de la commission de revision du Code pénal.
(4) Professeur à l'Université de Milan.
(5) Juge au tribunal de première instance.
(6) Criminaliste.
(7) Membre du parlement.
(8) Membre du parlement et de la Société abolitioniste de Londres.
(9) Criminaliste.
(10) Membre de la Société abolitioniste de Londres.
(11) Pair d'Angleterre, membre associé étranger de l'Institut de France.
(12) Secrétaire de la Société de Londres.
(13) Pair d'Angleterre, ancien premier ministre.
(14) Criminaliste.

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
			Autriche.
1842	Althof (1).	Lemgo.	Les inconvénients de la peine de mort.
1862	Glaser (2).	Vienne.	Articles insérés dans la Gazette des tribunaux d'Autriche, recueil qui se publie trois fois par semaine. M. Glaser est connu par de nombreux et importants ouvrages.
1862	Geyer, Auguste (3).	Inspruck.	Articles dans le Journal de philosophie publié à Leipzig. Discours au congrès des jurisconsultes tenu à Mayence en 1863.
1863	De Muhlfeld (4).		Discours et motion abolitioniste adoptée par le congrès de Mayence en 1863.
1864	Berger (5).	Vienne.	De la peine de mort. Écrit estimé.
1867	Stendel (6).	Id.	Proposition en juin 1867 au conseil municipal de Vienne pour demander, par une pétition au Reichsrat, l'abolition de la peine de mort.
			Suède.
1840	Oscar I (7).	Stockholm.	Ce souverain éclairé s'est prononcé pour l'abolition de la peine de mort, p. 7-13 de de son ouvrage intitulé : « Des peines et des prisons, » publié à Stockholm en 1840. Traduction française, allemande et hollandaise.
1844	Richert (8).	Id.	Il se prononça en 1844 contre la peine capitale, mais n'osa en prononcer l'abolition absolue à la diète dans le projet de Code pénal de la même année, dont il était le principal auteur. 1859-1860. — Il ne réussit dans le projet de la nouvelle loi pénale sur l'assassinat qu'à faire admettre la faculté d'application, soit de la peine de mort, soit des travaux à perpétuité. Disposition facultative consacrée par la loi du 29 janvier 1861.
1862	Olivecrona (9).	Upsal.	Discussion du nouveau Code pénal. Motion abolitioniste de M. Olivecrona. 1866. — De la peine de mort. Par l'autorité de cet ouvrage et la part qu'il a prise aux délibérations de la diète, M. Olivecrona a exercé une influence considérable sur le mouvement abolitioniste en Suède, dont le succès est constaté par les deux votes en avril dernier dans la seconde chambre où le maintien de la peine de mort a été repoussé par 103 voix contre 53, et n'a obtenu dans la première chambre que 39 voix contre 38.
1866	N. S. de Koch (10).	tockholm.	Discours à la diète de 1865-1866 et à la diète suivante, 1867, en faveur de la suppression de la peine de mort.
1866	Ch. de Morner (comte) (11).	Id.	Articles publiés pour l'abolition de la peine de mort dans le journal « Dagbladet. »

(1) Criminaliste.
(2) Professeur de droit à l'Université de Vienne.
(3) Professeur à Inspruk.
(4) Avocat.
(5) Avocat, membre du Reichsrath.
(6) Membre du conseil municipal de Vienne.
(7) Roi de Suède et de Norwége, 1844-1859.
(8) Éminent jurisconsulte.
(9) Professeur à l'Université d'Upsal.
(10) Ancien chancelier de la justice, membre de la diète (ordre de la noblesse).
(11) Secrétaire du bureau de la statistique générale du royaume, membre de la diète.

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
			Suède (suite).
1866	Ch. Aumann (1).	Stockholm.	Article abolitioniste inséré dans la Revue de la législation et de la jurisprudence, dont il est le rédacteur en chef.
			Portugal.
1853	Lévi Maria Jordaõ (2).	Lisbonne.	Fondement du droit de punir. 1867. — M. Jordaõ, comme auteur du commentaire publié sur le Code pénal portugais et comme rapporteur de la commission de révision, a pris une participation active et considérable au triomphe de l'opinion abolitioniste en Portugal dans les deux Chambres.
1859	Dom Pedro V (3).	Id.	Il manifesta son opinion abolitioniste par le refus, pendant tout son régne, de signer un arrêt de mort, et par sa propension marquée à la suppression définitive de l'échafaud. A l'occasion de la révision du Code pénal, en 1859, il se prononça en faveur de l'opinion de M. de Marsangy, membre de la commission, conseiller à la Cour impériale de Paris, qui avait proposé la suppression absolue de la peine de mort à l'égard des enfants mineurs et des femmes. Déjà la reine dona Maria n'avait pas permis que la condamnation à mort d'aucune femme fût exécutée sous son régne.
1867	Mendes (4).	Id.	Ce ministre a la gloire d'avoir présenté au mois de mars, à la Chambre, le projet de loi de la suppression absolue de la peine de mort, votée en juin par 98 voix contre 2 et adoptée en juillet par le Sénat, à l'unanimité, sans discussion.
1867	Dom Luis I (5).	Id.	Ce souverain a l'immortel honneur de promulguer le Code pénal qui supprime la peine de mort.
			Espagne.
1854	Don Manuel Perez de Molina (6).	Madrid.	La Société et l'échafaud ou Considérations historiques et philosophiques sur la peine de mort.
1866	Alvarez (7).	Id.	Membre de la commission de rédaction d'un nouveau Code pénal, dont le projet imprimé prononce implicitement l'abolition de la peine de mort, puisque la peine la plus forte est la déportation et l'*ergastolo* à vie.
1866	De Cadenas (8).	Id.	Membre de la commission de rédaction d'un nouveau Code pénal. Auteur de plusieurs articles sur le droit pénal, publiés dans la revue espagnole du droit moderne (de 1848 à 1850).

(1) Conseiller de justice au tribunal suprême du royaume.
(2) Du conseil du roi, avocat général à la Cour de cassation, membre du conseil privé, député, professeur du droit pénal.
(3) Roi du Portugal.
(4) Garde des sceaux, ministre de la justice.
(5) Roi du Portugal depuis 1861.
(6) Criminaliste.
(7) Sénateur, ancien ministre de grâce et de justice.
(8) Conseiller d'État, sénateur

Digitized by Google

DATES.	DÉSIGNATION des associations et des personnes.	RÉSIDENCE.	NATURE DE LA COOPÉRATION.
		Espagne (suite).	
1866	Cortino (1).	Madrid.	Membre de la même commission.
1866	Laserna (2).	Id.	Membre de la même commission.
1866	Acevedo (3).	Id.	Membre de la même commission.
		Danemark.	
1865	Christiansen (4).	Kiel.	De l'efficacité des peines, considérée principalement par rapport à la peine de mort.

(1) Ancien ministre de l'intérieur, sénateur.
(2) Ancien ministre de l'intérieur et de la justice, sénateur.
(3) Ancien bâtonnier des avocats de Madrid, député.
(4) Professeur à l'Université de Kiel.

RÉSUMÉ RÉCAPITULATIF.

Le nombre des personnes que comprend la désignation de ce relevé s'élève à 104. Il est assez curieux d'en suivre la répartition.

Nous trouvons d'abord trois rois : Oscar I, roi de Suède et de Norwége, qui s'est prononcé pour l'abolition de la peine de mort dans son ouvrage *des Peines et des Prisons*, publié à Stockholm en 1840; en Portugal, dom Pedro V, et dom Luis I, ce souverain éclairé qui a eu récemment la gloire de promulguer un Code pénal où est supprimée la peine de mort.

Nous rencontrons 27 ministres, dont 12 ministres de la justice, plus spécialement appelés à apprécier l'opportunité de cette réforme.

Viennent ensuite : membres du Sénat et de pairie. . . 4

Le nombre en est réellement plus élevé, mais plusieurs sont compris dans la catégorie des ministres.

Membres des Chambres des députés ou représentants. 15

Conseiller d'État. 1

Magistrats (qui tous appartiennent aux fonctions les plus élevées de la magistrature). 8

Membres de l'Institut. 3

Ils sont réellement au nombre de 9, mais 6 figurent dans les autres catégories.

Correspondant de l'Institut. 1

Professeurs de droit pénal. 19

Digitized by Google

Dans presque toutes les chaires de droit pénal en Europe, les savants qui les occupent avec le plus de distinction professent les doctrines opposées au maintien de la peine de mort.

Enfin, nous avons à ajouter à l'énumération précédente 7 avocats ou jurisconsultes, 13 criminalistes, 1 médecin, 1 ingénieur et 1 ministre protestant.

Il est regrettable que la réforme abolitioniste de la peine de mort n'ait pas encore trouvé dans le clergé catholique un seul représentant.

Nous n'ajouterons rien au témoignage significatif de ces chiffres qui prouvent que la question de l'abolition de la peine de mort est passée désormais des spéculations de la philosophie dans les préoccupations des hommes d'État et dans le domaine des applications pratiques.

Toutefois, loin de vouloir, par cette notice, méconnaître la valeur et le mérite des hommes qui appartiennent aux rangs opposés à l'opinion abolitioniste, nous voudrions avoir le temps de faire le relevé de leurs noms et de l'importance de leurs travaux. Il convient, en effet, de connaître et d'honorer tous les combattants dans cette arène où partisans et adversaires de la peine de mort partent d'un point de vue différent pour aspirer au même but, celui de concilier les perfectionnements de la législation criminelle avec les exigences de la sécurité sociale.

On reprochera sans doute à la méthode chronologique suivie dans ce travail de ne pas toujours se concilier, soit pour les États, soit pour les personnes, avec le mouvement progressif de la réforme abolitioniste de la peine de mort.

Assurément, en nous plaçant au point de vue des résultats obtenus dans les divers États européens, sous le rapport des débats des assemblées législatives et des actes officiels des gouvernements, nous eussions pu présenter d'abord la Toscane, le Portugal, la Suède, la Belgique, l'Italie et la Bavière. Mais comment poursuivre ensuite ce classement ?

Assurément encore en consultant l'importance des services rendus à cette réforme, nous eussions pu citer quelques noms désignés par la notoriété publique, MM. Ch. Lucas en France, Mittermaier dans le grand-duché de Bade, Olivecrona en Suède, Lévy Maria Jordaõ en Portugal, Bara, ministre de la justice en Belgique, Mancini, ancien ministre de l'instruc-

Digitized by Google

tion publique en Italie, et lord John Russel lui-même en Angleterre, en raison de l'influence considérable qu'exerce l'autorité de son nom. Mais une fois engagé dans cette voie, comment y persévérer jusqu'au bout, et prétendre exercer une justice distributive du mérite relatif, dans les divers États de l'Europe, des personnes qui ont si utilement et si honorablement coopéré au développement progressif de l'opinion abolitioniste de la peine de mort? Une pareille prétention était inadmissible, et nous croyons que malgré quelques inconvénients, la méthode chronologique que nous avons adoptée était la meilleure à suivre. HELLO.

BIBLIOGRAPHIE.

DU DROIT DE FAMILLE,

Par M. J. Oudot, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris. Ouvrage publié après la mort de l'auteur et conformément à ses intentions, par M. Demangeat, professeur de droit romain à la même Faculté. (Paris, A. Marescq aîné, libraire-éditeur.)

Compte rendu par M. A. Duverger, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris.

J'avais réservé pour les vacances la lecture et l'étude de l'ouvrage de M. Oudot. Arrivé sous les pins qui entourent le bassin d'Arcachon, j'hésitai entre *le Droit de famille* et quelques volumes qui ne touchaient pas au Code Napoléon. Les légistes sont, au mois de septembre, saturés de lois et d'arrêts; mais le livre portait le nom d'un ancien maître et celui d'un ami. J'ai lu *le Droit de famille.*

J'avais bien choisi; j'ai goûté le plaisir délicat que donne au cœur, non moins qu'à l'esprit, la philosophie du vrai et du bien. Si je ne me fais illusion, le livre de M. Oudot sera compté parmi les ouvrages, toujours trop rares, qui entretiennent chez les jurisconsultes le culte de la morale, *juris fons ac principium.*

Digitized by Google

Pour apprécier sainement le traité de M. Oudot, il faut en connaître la place dans le travail général entrepris par l'éminent professeur. Le plan de cette œuvre, grande plus encore par la pensée qui l'avait inspirée que par les proportions considérables qu'elle devait avoir, est tracé dans l'*Introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon*, publiée, en 1855, sous ce titre principal : *Conscience et science du devoir*. M. Oudot y démontre que les hommes ont reçu de Dieu la liberté; qu'il existe une direction de la liberté; que cette direction est le devoir; que *la conscience* donne bien à tous les hommes un premier principe identique du devoir : *assistance due par tout être à tout être*[1]; mais que la conscience ne fournit pas, sans le secours de l'étude, une réponse, identique chez tous les hommes, à toutes les questions de devoir; que nous sommes destinés à connaître, par le travail, la *science du devoir;* que cette science déterminera les objets et l'étendue de l'assistance qui constitue le devoir; que l'homme étant immortel et l'humanité étant perfectible, le premier principe de la science du devoir est « la recherche du perfectionnement de l'espèce « dans cette vie, par le dévouement de l'individu espérant « dans une autre vie sa récompense[2]. »

Le principe de la science du devoir étant posé, M. Oudot en recherche les conséquences. Le premier degré de ce travail est le tracé des grandes lignes qui classent ces déductions. L'auteur sépare d'abord le droit qui constitue la distinction du bien et du mal de celui qui fait respecter cette distinction ; il appelle le premier, *droit déterminateur;* le second, *droit sanctionnateur;* il subdivise chacune de ces branches maîtresses en droit national, droit des gens, droit international fédéral, droit international proprement dit. Sur cette subdivision, M. Oudot applique un troisième partage. Ainsi, dans le droit national déterminateur, il distingue le droit poli-

[1] Nous faisons nos réserves sur la formule du principe que la conscience révèle à tous les hommes. — Pour nous, ce principe est *le bien*, il a deux faces : la justice ou le respect et la charité ou l'assistance. Nous craignons qu'en absorbant le respect dans l'assistance, on n'ouvre les voies à une législation qui serait excessive parce qu'elle sacrifierait trop facilement la liberté de chacun à l'intérêt de tous.

[2] *Conscience et science du devoir*, t. II, p. 321, n° 715.

Digitized by Google

tique ou constitutionnel, le droit de famille, le droit privé, le droit public, le droit religieux.

D'après ce plan, l'enseignement du droit politique ou constitutionnel occupe la première place, celui du droit privé vient ensuite. L'auteur en donne ces raisons : il faut se rendre compte, au moins par aperçu, du mécanisme du pouvoir social avant d'en suivre l'action dans les lois qu'il a produites; — le droit de famille est une branche ou une délégation du droit politique, dès lors il est logique d'étudier celui-ci avant celui-là. M. Oudot se rapproche de l'ordre même du Code Napoléon et de l'enseignement usité, en donnant l'une des premières places au droit de famille. Il reconnaît que cette marche a l'avantage d'appeler d'abord l'attention de l'élève sur des dispositions faciles à comprendre, éclaircies le plus souvent par le souvenir des faits qui se sont passés, autour de lui, dans la maison paternelle [1].

M. Oudot distingue le droit privé du droit de famille. Le droit de famille règle l'assistance, l'autorité et l'obéissance dans la famille. Le droit privé distingue le tien et le mien.

J'ai signalé, dans le plan de M. Oudot, la place du droit de famille entre le droit politique et le droit privé proprement dit. Il faut savoir encore, pour être au point de vue de l'auteur, que son premier traité, après l'introduction philosophique, est un travail général sur toutes les branches réunies du droit. Ce traité a pour objet les dispositions, communes aux lois de tous les peuples, dont l'application revient incessamment : les distinctions entre les sujets des rapports juridiques ou les personnes et les objets des rapports juridiques ou les droits ; parmi les personnes, entre les hommes et les femmes, entre les mineurs et les majeurs, etc. ; parmi les droits, entre les droits réels et les droits personnels ; la description des causes d'acquisition et d'extinction des droits, etc.

M. Oudot déclare dans son testament que « ce Code général, » comme le Code du droit de famille, est à peu près en état de paraître; il demande à M. Demangeat de les publier l'un et l'autre. Nous avons déjà *le Droit de famille*, nous aurons bientôt, j'espère, le Code général. La publication en est indispensable pour compléter le volume qui nous occupe. On

[1] *Conscience et science du devoir*, t. II, p. 445 et 446.

Digitized by Google

trouve dans *le Droit de famille* des applications de théories que l'auteur suppose connues parce qu'il les a développées dans le traité général. Ainsi, dans le chapitre *de l'interdiction*, M. Oudot ne donne pas l'explication de l'article 489 (causes de l'interdiction), il renvoie aux développements que contient, sur ce point, son traité général [1].

Je dois rappeler aussi qu'il faut chercher dans l'introduction l'indication des points de vue sous lesquels M. Oudot se propose de considérer toutes les institutions. Il promet de les étudier dans leurs origines, dans leur état présent, dans leur conformité ou leur non-conformité avec le principe général « auquel est réservé le perfectionnement de l'avenir [2]. » L'auteur a tenu parole : dans le traité *du Droit de famille*, il explique les dispositions du Code à la lumière de l'histoire pour en montrer la filiation, à celle de la philosophie pour en faire apprécier la légitimité. Mais là ne s'arrête pas l'enseignement de M. Oudot. Le consciencieux professeur n'oublie jamais qu'il doit former ses élèves à l'application du droit. Pour leur apprendre à résoudre les questions que le mouvement des intérêts produit sans cesse, M. Oudot descend jusqu'aux dernières conséquences des règles contenues dans le Code Napoléon.

La famille, en prenant ce mot dans le sens le plus large, comprend, suivant l'auteur, les personnes unies par les liens de cohabitation entre l'homme et la femme, de parenté, d'alliance, d'amitié même, soit d'amitié pure et simple, soit d'amitié formée par les relations d'adoption entre-vifs, de tutelle officieuse ou d'adoption testamentaire. Le droit de famille est, comme les autres branches du droit, dominé par le principe que l'auteur a formulé dans son introduction philosophique. L'affection que la nature a mise, et que la loi reconnaît entre les personnes unies par les liens ci-dessus indiqués, ne doit pas demeurer stérile. « Elle doit se « traduire en effets pratiques. Les personnes dont il s'agit « doivent avoir une bonne volonté mutuelle *de contribuer au* « *bonheur l'une de l'autre* [3]. »

[1] *Du droit de famille*, p. 525.
[2] *Conscience et science du devoir*, t. II, n° 883.
[3] *Du droit de famille*, p. 2. — M. Oudot avait dit déjà dans l'*Introduc-*

Digitized by Google

Le Code Napoléon consacre les obligations de famille sous les mots *assistance, secours, protection, obéissance, fidélité.* Ce dernier mot est plus spécialement applicable aux rapports entre époux; mais il ne doit pas être oublié dans l'explication des autres rapports de famille. Les devoirs que tous ces rapports supposent, ont souvent besoin « d'une certaine exclusivité « d'affection, sans laquelle le but proposé ne serait pas atteint. « Rappelons-nous, par exemple, l'impossibilité d'être adopté « par plusieurs, si ce n'est par deux époux » (Code Nap., art. 344).

Quelle est, pour M. Oudot, la source des obligations de famille? Une lecture superficielle fera répondre : la volonté de la loi. On s'emparera des passages dans lesquels l'auteur déclare que *la famille reçoit de l'État,* à la décharge des fonctionnaires publics, la mission d'exercer sur une foule de faits particuliers, dans la vie de chaque jour, une surveillance minutieuse, que par là se complète la surveillance, réservée aux fonctionnaires publics, sur des faits plus généraux; que cette délégation est « un démembrement partiel du droit politique[1]. » Enfin, dira-t-on, M. Oudot appelle la charge de la tutelle *un impôt en nature*[2]!

Voilà des formules qui paraissent absorber l'individu et la famille dans l'État et qu'il ne faudrait pas presser beaucoup, semble-t-il, pour en faire sortir l'omnipotence du législateur, fût-il un Lycurgue ou un Platon!

La connaissance de l'*Introduction* de M. Oudot et la lecture attentive de son livre sur le droit de famille dissiperont cette première impression.

Dans l'*Introduction*, M. Oudot nie formellement que, parmi les institutions, il y en ait dont le droit positif puisse être l'unique fondement. Pour lui, point de lois arbitraires. S'il

tion : « Les affections que la famille suppose ne doivent pas être stériles. « Elles réclament une assistance active. Cette assistance se présente, « comme nous l'avons déjà dit, sous des formes étroites; sous des formes « variées aussi, pour prodiguer mille soins physiques, intellectuels et « moraux; source de sécurité pour la personne qui les reçoit, source « d'un bonheur plus grand pour la personne qui les donne. » (*Conscience et science du devoir*, t. II, n° 804.)

[1] *Loc. cit.*, p. 3. — Conf. *Conscience et science du devoir*, t. II, p. 806.

[2] *Du droit de famille*, p. 392.

Digitized by Google

reconnaît, avec Montesquieu, que les hommes peuvent avoir des lois qu'ils ont faites eux-mêmes, c'est en ce sens que ces lois ne sont que des recherches ou des ébauches du droit vrai ou du droit naturel[1]. Donc, lorsque M. Oudot présente la puissance maritale et la puissance paternelle comme des délégations reçues de l'État ou du législateur, il n'entend pas dire que l'État pourrait légitimement retenir ce qu'il délègue; il parle d'une loi positive qui se confond avec la loi naturelle à laquelle elle ajoute seulement une sanction extérieure.

Dans *le Droit de famille*, M. Oudot condamne toutes les lois positives qui porteraient atteinte aux droits et aux devoirs naturels de la famille. « L'étude détaillée de l'histoire de la « famille, dit-il, serait curieuse à mille égards. Il faudrait d'a- « bord mentionner les controverses anciennes et modernes « sur la légitimité des droits de la famille; les attaques qu'on « a élevées contre ces droits, et la défense victorieuse qui a « toujours fait triompher l'idée de ces droits et obligations, « *idée si profondément gravée au cœur de l'homme, qu'on ne* « *pourrait l'en retirer sans le déchirer*[2]. »

Mais si M. Oudot reconnaît que l'autorité maritale et l'autorité paternelle viennent de Dieu et non des législateurs humains, pourquoi insiste-t-il sur l'idée que les pouvoirs domestiques sont délégués par l'État?

M. Oudot veut établir sur une base solide le droit de contrôle que l'État doit exercer sur ces puissances, toutes naturelles et toutes sacrées qu'elles sont. Il veut encore asseoir sur ce fondement les obligations de l'État envers ceux qui n'ont pas de famille. « La délégation de l'État, dit notre auteur, n'est pas « un abandon. L'État se réserve son contrôle sur le délégué; « comble les lacunes que laisse sa négligence; le supplée à « son défaut, s'il en est besoin. Quand la famille proprement « dite manque, l'État est toujours la grande famille, qui enserre « et réunit en elle toutes les autres[3]. »

M. Oudot s'est rencontré avec un magistrat que nul n'accusera de tendances socialistes. D'après Portalis le second, « le législa-

[1] *Conscience et science du devoir*, t. II, n° 565.

[2] *Du droit de famille*, p. 4. — *Junge* (*loc. cit.*, p. 470) ce que dit M. Oudot de la dette alimentaire des descendants envers les ascendants : « ... Un « sentiment de respect *sacré* la justifie bien suffisamment... »

[3] *Du droit de famille*, p. 3.

Digitized by Google

« teur a le droit incontestable de régler les droits et de détermi-
« ner l'étendue de la puissance paternelle : *car tout pouvoir dans*
« *l'État est institué par la loi ou légitimé par elle.* L'exercice
« de toute autorité qu'elle n'aurait ni reconnue ni établie, serait
« abusif, et dégénérerait en oppression et en violence [1]. »

M. Oudot a divisé son travail en quatre parties. Dans la première, il expose les objets du droit de famille, c'est-à-dire les droits et obligations résultant de la cohabitation entre l'homme et la femme; l'autorité dirigeant l'éducation, l'instruction et la fortune du mineur; les droits et obligations de la famille relativement au mariage de l'un de ses membres, ou au choix de la profession religieuse, militaire, commerciale, industrielle, ou à l'entrée dans une famille nouvelle par l'adoption ou la tutelle officieuse...; l'assistance due aux indigents (la dette alimentaire); l'assistance due aux membres de la famille atteints d'aliénation mentale ou faibles d'esprit, ou prodigues; l'assistance due aux membres de la famille que l'on prétendrait, à tort, atteints d'aliénation mentale... ; l'assistance due aux membres de la famille interdits pour crimes. La seconde partie traite de l'acquisition des droits et obligations de famille. La troisième est consacrée aux modalités de ces droits. L'extinction des mêmes droits forme la quatrième partie.

De ces quatre parties, la première est de bien loin la plus considérable et la plus attachante. C'est en parlant des obligations entre parents, alliés et amis que M. Oudot signale incessamment, dans les textes du Code civil, l'application de son principe, l'assistance. Je citerai quelques passages de cette première partie pour faire pressentir au lecteur le charme d'un traité de droit, très-juridique, très-savant, qui est, en même temps, un perpétuel traité de la meilleure morale.

A propos des obligations qui naissent du mariage, M. Oudot s'exprime ainsi : « Le sens étendu des mots *secours, assistance*
« (qui se trouvent dans l'article 212 du Code Napoléon) com-
« prend tout ce qui peut apporter du bien-être. — Ils ne se
« bornent pas à indiquer que la fortune de chacun des époux
« est grevée d'une dette alimentaire au profit de l'autre époux

[1] Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques sur le Code sarde de 1837.

Digitized by Google

« s'il est dans le besoin... mais ils établissent, entre les époux, « la loi de se prêter assistance dans les besoins de l'âme et du « cœur, comme dans ceux du corps; d'avoir la patience qui « tolère, la bienveillance qui prévient, la sympathie qui con- « sole. » Pour marquer mieux encore l'esprit du Code, M. Oudot rappelle, fort heureusement, ces belles paroles des litanies du mariage en Angleterre : « Je l'accepte, disent réci- « proquement la femme et le mari, dans la santé comme dans « la maladie, dans les meilleures circonstances comme dans « les plus mauvaises[1]. »

Telle est la vraie doctrine de la loi sur les obligations des époux. On ne saurait trop la répandre pour dissiper un préjugé dont ne se sont pas toujours garantis les moralistes les plus distingués. Dans un excellent livre sur la famille, couronné par l'Académie française, on lit ce qui suit : « Le Code ne demande « pas beaucoup plus au mari que de ne pas refuser la nourri- « ture à la femme et de ne pas la maltraiter ouvertement. « Voilà ce que le Code entend par la protection... » Ce n'est pas là, Dieu merci, ce qu'enseignent les Facultés de droit, ni ce que jugent les tribunaux. La Cour de cassation déclare que, dans l'article 214 du Code Napoléon, « le législateur n'a « pas borné sa sollicitude aux besoins matériels de la vie, mais « qu'il a entendu protéger également *la dignité* et la sécurité « de la femme[2]... »

M. Oudot ne traite pas de la puissance paternelle moins philosophiquement que des obligations formées par le mariage. A propos de l'émancipation, il dit que présenter l'émancipation comme une *abdication* de la puissance paternelle, « ce serait « présenter une idée coupable ; que l'on conçoit l'abdication « d'un pouvoir quand la personne est lasse de la fatigue ou de « l'ennui qu'il produit ; mais que l'on ne conçoit pas l'abdica- « tion d'un devoir pour s'affranchir, par pure lassitude, de la « servitude nécessaire qui en résulte... que conférer l'émanci- « pation, c'est déclarer avec discernement l'opportunité de « fixer un terme à telles et telles prérogatives de l'autorité de « la famille ; que de toutes ces prérogatives, c'est peut-être

[1] *Du droit de famille*, p. 59.

[2] Arrêt de rejet du 20 novembre 1860 (Appert). — Devill. et Car., 1861, 1 965.

Digitized by Google

« exercer la plus belle que d'apprécier l'inutilité de conserver « les autres[1]. »

J'ai montré le moraliste et le publiciste, je dois faire connaître le jurisconsulte.

Si M. Oudot était de l'école de Domat, s'il ne séparait pas ce que Dieu a uni, la morale et le droit, il ne sacrifiait pas, non plus, le droit à l'équité *cérébrine*, justement attaquée par les véritables légistes. Il n'acceptait pas, notamment, le vague que beaucoup de personnes veulent répandre sur la dette alimentaire. A les entendre, le règlement de cette dette serait grandement subordonné à « la simple équité; » le juge exercerait, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire fort étendu. « Il « ne faut pas, dit M. Oudot, se dispenser ainsi de faire de la « doctrine en se lançant dans une équité dangereuse. Tâchons « de faire du droit positif. »

Mais, pour M. Oudot, faire du droit positif c'est, en même temps, faire du droit naturel. Sans doute, il défie, dans son introduction, les publicistes et les moralistes de faire plus que les fondateurs des religions et les législateurs; il raille ces « spéculations à perte de vue » qui n'arrivent pas à leur but, ces traités de droit naturel annoncés comme des Codes universels et qui reproduisent, à peu près, l'ensemble des lois de la nation dont leurs auteurs étaient membres; il annonce qu'il ne les suivra pas dans leur méthode. Mais il déclare aussi qu'en expliquant nos Codes, il en comparera les articles avec le droit naturel tel qu'il le comprend, avec « le droit naturel, perfectionnement supposé du droit pratique; » que, par ce moyen, il essayera de faire faire quelques pas à la science du devoir[2].

Dans la première partie, consacrée aux obligations de famille, M. Oudot distingue d'abord les modes d'action de la famille, suivant que la loi accorde *à un de ses membres* un pouvoir ou un droit vis-à-vis d'un autre membre, ou qu'elle accorde un pouvoir ou un droit *au conseil de famille*, ou qu'elle institue sous les noms d'*administrateur légal*, de *tuteur*, *curateur*, *conseil judiciaire*, des représentants ou des assistants de mem-

[1] *Loc. cit.*, p. 385, 386.
[2] *Conscience et science du devoir*, t. II, n° 848.

Digitized by Google

bres de la famille plus ou moins incapables. Dans ce premier *livre*, je recommande un travail approfondi sur le conseil de famille. Composition de ce conseil; tenue de ses assemblées; objets, divers degrés de force, nullité des délibérations; pourvoi contre les délibérations valables; responsabilité des membres du conseil, tel est le cadre que M. Oudot a rempli avec un soin que j'appellerais minutieux, si les questions soulevées par la pratique n'allaient très-souvent au delà des prévisions de l'auteur le plus inventif.

M. Oudot lui-même a fait quelques omissions. Ainsi, lorsqu'il parle des pourvois contre les délibérations valables, il déclare, sans s'y arrêter, que, si la délibération a été prise à l'unanimité sur un objet qui était de la compétence du conseil, on ne voit pas de recours ouvert à quelqu'un des membres venant à changer d'avis. Telle est, en effet, suivant beaucoup d'interprètes, la portée de l'article 883 du Code de procédure. Mais des auteurs d'un grand poids, MM. Aubry et Rau[1], prétendent que, dans le cas même de délibération unanime, on opposerait vainement au recours d'un membre du conseil une fin de non-recevoir tirée de l'adhésion par lui donnée. Ce membre répondrait qu'il ne s'agit pas ici de ses intérêts personnels, mais de ceux du mineur, et qu'il n'a pas pu les compromettre par un vote irrévocable. M. Oudot ne discute pas l'objection. — Vient cette grande question : l'article 883 permet-il d'attaquer les délibérations du conseil qui ne concernent pas les intérêts pécuniaires, celles, par exemple, qui accordent ou refusent le consentement au mariage du mineur, qui conservent la tutelle ou l'enlèvent à la mère remariée, qui statuent sur la proposition d'émanciper le mineur, etc.? M. Oudot se contente de dire, dans la partie qui nous occupe : « On pense volontiers que le recours de la minorité dissidente « ne serait pas admis contre le résultat de la délibération tout « intime et secrète par laquelle un conseil de famille donne ou « refuse son consentement au mariage d'un mineur[2]. » Il est vrai que plus loin, dans le livre quatrième, l'auteur discute sommairement la question en ce qui touche le consentement au mariage, et se prononce contre le recours au tribunal[3]. A défaut

[1] T. I, p. 349 et note 8 (3e édition).
[2] *Du droit de famille*, p. 52, *in fine*.
[3] *Loc. cit.*, p. 451.

Digitized by Google

de l'examen de la thèse générale qui avait sa place, ce me semble, dans le traité sur le conseil de famille, le lecteur devrait être averti qu'une des branches de la question est renvoyée à une autre partie. M. Demangeat complétera, sur ce point et sur quelques autres, l'œuvre de M. Oudot, lorsqu'il en donnera une seconde édition.

Les modes d'action de la famille sont expliqués; l'auteur étudie les droits et les obligations que la famille engendre, et, d'abord, ceux qui résultent de la cohabitation. Il décrit ces droits dans les quatre cas qui peuvent se présenter : cohabitation légitime (mariage), cohabitation assimilée à la légitime (mariage putatif), cohabitation illégitime, cohabitation légitimée.

Le mariage ou cohabitation légitime fait naître, d'après les articles 212, 213 et 214 du Code civil, des obligations réciproques des deux époux, des obligations particulières du mari envers la femme, des obligations particulières de la femme envers le mari.

Il est à peine besoin d'avertir que le moraliste jurisconsulte n'a pas trouvé dans le Code civil l'omnipotence du mari, reprochée quelquefois à ce Code par l'ignorance ou par la prévention. « En ce qui touche, dit M. Oudot, le choix du genre « de vie, plus ou moins livré au luxe ou réglé par l'économie, « en un mot, en ce qui touche les dépenses nécessaires, utiles « ou superflues, que le ménage doit faire, la deuxième partie « de l'article 214 donne encore moins au mari un pouvoir « discrétionnaire, subordonné aux purs caprices de son bon « plaisir..... La femme d'Harpagon ne serait pas tenue d'ha- « biter dans le grenier où il voudrait la faire grelotter, ou de « se faire servante quand sa fortune lui donnerait le pouvoir « d'avoir des servantes [1]. »

M. Oudot avait déjà montré que l'obéissance prescrite à la femme était limitée par son motif même, savoir « par les exi- « gences du besoin du bon ordre dans la société conjugale [2]. »

C'est au devoir d'obéissance ainsi défini que l'auteur rattache l'incapacité civile de la femme mariée. Nous nous arrêterons un instant sur cette partie du livre, qui contient un traité complet de la matière.

[1] *Loc. cit.*, p. 65.
[2] *Ibid.*, p. 63.

Digitized by Google

M. Oudot réserve le nom d'*incapacité légale proprement dite* de la femme mariée à l'état de la femme qui a voulu conserver le plus qu'elle a pu d'indépendance, c'est-à-dire, de la femme séparée de biens. Il étudie successivement cette incapacité sous le régime de séparation et sous les autres régimes; l'incapacité additionnelle qui résulte des droits conférés par la constitution de dot et du mandat irrévocable d'administrer donné au mari par la femme, sous le régime de communauté, sous le régime exclusif de communauté, et sous le régime dotal; enfin, l'incapacité spéciale de la *jouissance elle-même* du droit d'aliéner que produit le régime dotal [1].

Pour M. Oudot, la raison de l'incapacité des femmes mariées est cette vérité que, dans toute association, il faut qu'il y ait un pouvoir dirigeant ou prépondérant, afin que la paix y règne. La paix du ménage, voilà, dit-il, le seul et fondamental motif; voilà le besoin auquel répond l'incapacité de la femme [2].

M. Oudot rejette un second motif, la faiblesse du sexe, présenté par Lebrun [3], rappelé dans les travaux préparatoires [4], maintenu par Proudhon [5], par M. Valette [6], par Mourlon [7], et que M. Demolombe admettrait en législation [8]. La femme qui se marie cherche un protecteur. La loi satisfait à son vœu et à celui de sa famille en la déclarant incapable, dans une certaine mesure, d'agir sans la protection de son mari ou de la justice.

Ce second motif explique parfaitement, à mon sens, comment la nullité, bien que relative, peut être demandée même par la femme.

M. Oudot propose-t-il une justification satisfaisante du système de la loi, lorsqu'il dit que l'action en nullité *donnée à la femme* intéresse la paix du ménage, qu'elle invite les tiers à s'abstenir d'engager les femmes à faire des actes non autorisés,

[1] *Loc. cit.*, p. 67.
[2] *Loc. cit.*, p. 70.
[3] *De la communauté*, liv. II, chap. 1, sect. 1, n° 1, p. 160 (1754).
[4] Rapport au Tribunat sur le titre *du Mariage*, par Gillet; Fenet, t. IX, p. 194.
[5] *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 454.
[6] *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon*, p. 119, n° 29.
[7] *Répétitions écrites*, t. I, p. 387 (1858).
[8] *Traité du mariage*, t. II, n° 117.

Digitized by Google

que, sachant « qu'ils ne tiennent rien, même vis-à-vis d'elles, « même en supposant l'ignorance ou la mort du mari, ils seront « moins portés à les entraîner à des démarches qui, découvertes « plus tard, compromettraient la paix du ménage, par cela seul « qu'elles auraient été faites, même sans valeur? »

Il nous semble que, si le législateur eût exclusivement poursuivi le but de maintenir la paix entre les époux, il eût frappé de nullité absolue les actes de la femme non autorisée. C'était, à coup sûr, le meilleur moyen de prévenir la violation de la loi et d'assurer le repos du ménage. Peut-on, d'ailleurs, concilier avec le motif unique donné par M. Oudot, la faculté pour la femme de recourir à la justice, lorsque son mari lui refuse l'autorisation? L'humiliation qu'il éprouve, si le tribunal donne raison à sa femme, n'est-elle pas une cause de trouble singulièrement puissante? Pour que le mari ne s'irrite pas de sa défaite judiciaire, ne faut-il pas qu'on puisse lui dire, au nom de la loi, que la femme est garantie par une double protection, et qu'il ne peut, légitimement, exiger qu'elle se contente de celle du premier degré?

Suivant M. Oudot, prétendre que l'incapacité est fondée sur la faiblesse de la femme considérée dans l'état de mariage, c'est aller contre l'évidence. La femme mariée, « plus libre « que la fille ou la veuve dans ses démarches, plus protégée, « mieux éclairée par les conseils dont elle est entourée, la « femme mariée a plus d'expérience, ou moins de timidité « que la fille ou la veuve n'en ont au milieu de l'isolement où « elles vivent[1]. »

Cependant notre auteur a dit plus haut : « Le mot *protection* « est général. Il ne demande pas seulement au mari l'emploi « de sa force physique, pour préserver sa femme d'un danger « matériel ; il lui demande les sages inspirations de l'intelli- « gence, pour guider par ses conseils *une raison moins logique* « *que la sienne*[2]. » Hé bien! ajouterai-je avec M. Demolombe, lorsqu'il y a là près de la femme mariée un tuteur naturel et tout trouvé, il est sage d'en profiter et de baser l'autorisation maritale sur le droit de la femme à la protection du mari, non moins que sur le droit du mari à l'obéissance de sa femme.

[1] P. 70.
[2] P. 62.

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit des véritables motifs de l'incapacité des femmes mariées, M. Oudot ne s'élève pas contre cette incapacité. Loin de là, il y voit une condition du repos des familles. Plein de respect pour la dignité de la femme, plein de sollicitude pour son bonheur, il ne croit pas que le Code civil ait compromis l'un et fait à l'autre de graves atteintes. Sur ce point, M. Oudot me paraît avoir mieux compris les vrais intérêts des femmes mariées que l'auteur, justement célèbre, de l'*Histoire morale des femmes*.

M. Legouvé prétend que défendre à la femme de donner sans autorisation, c'est une tyrannie, que lui défendre de recevoir, c'est une injure. « Il y a dans cette défense je ne sais quel « odieux soupçon de récompense et d'argent gagné qui en fait « un outrage [1]. »

Combien, à mon sens, M. Oudot se montre moraliste plus exact lorsque, dans la difficile question de savoir si le donateur peut demander la nullité de la donation qu'il a faite à une femme mariée non autorisée, il soutient l'affirmative par ce motif, entre autres, que « la nullité relative laissée à la merci « de la femme avide, ou du mari corrompu, ou du mari trompé « ne protége pas suffisamment en fait l'intérêt moral que la « loi doit avoir ici pour but évident de protéger [2]. »

Ce n'est pas non plus M. Oudot qui aurait vu l'humiliation de la femme dans l'adoption, par la loi, d'un régime qui donne au mari l'administration des biens de sa femme. Je regrette, à raison de sa double autorité de jurisconsulte et de philosophe, qu'il n'ait pas eu l'occasion de réfuter le passage suivant de l'*Histoire morale des femmes*.

M. Legouvé vient de montrer que créer les *conquêts*, c'était reconnaître dans la femme l'associée du mari, c'était faire du mariage, « non plus la réunion d'un inférieur et d'un supé- « rieur, mais l'assemblage de deux êtres libres poursuivant un « but commun à intelligence égale; » il vient de louer le législateur d'avoir renversé à jamais la vieille théorie de l'infériorité féminine en proclamant que tout individu des deux sexes qui atteint l'âge de vingt et un ans est déclaré majeur. Il ajoute: « A peine cette parole émancipatrice prononcée pour les jeu-

[1] *Histoire morale des femmes*, p. 157.
[2] *Du droit de famille*, p. 137.

Digitized by Google

« nes filles, le législateur l'annule pour les épouses; il contre-
« dit sa propre loi, il dément son principe, il déclare que
« toutes les femmes qui se marieront (c'était dire presque tou-
« tes les femmes) retomberont en minorité. Que dis-je? cette
« minorité même, il la crée plus indestructible que la pre-
« mière, il la fait peser sur l'épouse de cinquante ans comme
« sur celle de dix-huit, et mettant en avant l'intérêt de la fa-
« mille et l'incapacité féminine, il exproprie la femme pour
« cause d'utilité publique. » Par ce mot *exproprier*, M. Legouvé entend « expropriation de l'usage, c'est-à-dire des revenus[1]. »

Il y a chez la femme, au moment où elle se marie, une disposition très-marquée à la confiance—suivant M. Janet[2], au respect—envers l'homme auquel elle donne sa main. Cette disposition est un fait providentiel qui contribue puissamment au bonheur des époux ; elle amène, chez le mari, la facilité. Le Code s'est réglé sur la disposition de la femme lorsqu'il a exigé l'autorisation maritale et qu'il a donné au mari, sauf convention contraire, l'administration des biens de sa femme, pendant tout le mariage. Est-il juste de critiquer cette loi? Est-il prudent de le faire? Prenons garde que, au lieu de débuter par la confiance et la facilité, les ménages ne commencent par la défiance et la rigueur. Une paix armée est une paix précaire.

Le principe de l'autorisation maritale est sorti victorieux de l'attaque qui lui a été récemment livrée en Italie. Le projet Miglietti proposait la suppression pure et simple de cette autorisation. « Une pareille énormité, dit M. Huc, souleva, comme

[1] *Loc. cit.*, p. 154. — M. Legouvé demande, d'ailleurs, que le mari soit, au début de l'union, « gérant même des biens personnels de la femme « qui ne tombent pas dans la communauté, mais avec obligation de lui re- « mettre cette gérance au bout de cinq ans; ces cinq ans, il les emploie- « rait à l'initier au gouvernement de ses propres affaires... » Le mari serait toujours l'administrateur de la communauté, mais un administrateur contrôlé, surveillé « par un conseil de famille conjugal. Composée d'amis « et d'amies, de parents et de parentes, cette assemblée, sur la demande « de deux de ses membres et de la femme, aurait le droit d'appeler à sa barre « l'époux accusé de dilapidation ou d'incapacité. Si l'enquête le condamnait, « et si la femme, au contraire, avait donné des preuves irrécusables d'intel- « ligence dans le maniement de ses propres affaires, la direction de la com- « munauté pourrait temporairement être ravie à l'incapable et remise au « plus digne..... » *Loc. cit.*, p. 160, 161. — Voy. le résumé des innovations proposées par M. Legouvé, *loc. cit.*, p. 407 et 408.

[2] *La famille*, p. 45.

Digitized by Google

« il fallait s'y attendre, une réprobation énergique de la part « de tous les jurisconsultes..... L'autorisation maritale, un « moment compromise par l'influence autrichienne, retrouva « dans le Code la place qui lui était due[1]. »

Mais des restrictions notables ont été apportées par le Code italien au principe de l'autorisation. Nous ne pouvons les examiner ici, ni discuter les modifications, analogues ou différentes, qui ont été récemment proposées par M. Gide, dans les conclusions de sa très-remarquable étude sur la condition privée de la femme (mémoire couronné par l'Institut).

Je reviens au *Droit de famille*.

Le plan que j'ai ci-dessus indiqué, conduisait l'auteur à traiter des droits et obligations résultant de la cohabitation illégitime. M. Oudot distingue le cas où cette cohabitation est le résultat de la faute plus ou moins égale des deux personnes entre lesquelles elle existe, et celui où elle résulte de la faute exclusive de l'une d'elles seulement (cas de viol, d'enlèvement, par fraude ou violence, d'une fille mineure de seize ans), il montre la loi frappant ces derniers attentats, et punissant aussi la cohabitation illégitime imputable aux deux personnes, lorsque l'une d'elles est beaucoup plus en faute que l'autre (art. 356, Cod. pénal.), ou lorsque cette cohabitation porte atteinte aux droits d'autrui (bigamie, adultère).

Le moraliste peut dépasser le Code pénal. M. Oudot flétrit, avec toute raison, la faute « comme beaucoup plus « grande dans la personne plus âgée que dans la plus jeune; « dans le séducteur, plus habile ou plus corrompu, que dans « la victime, plus faible, plus inexpérimentée, plus dévouée, « de la séduction[2]. »

L'auteur ne demande pas — le droit pénal n'est dans son livre qu'un incident — l'augmentation ou l'extension des peines existantes. Nous sommes de ceux qui pensent que l'adultère commis par le mari avec les circonstances marquées par la loi, devrait être puni, non de l'amende seulement, mais de la prison comme l'adultère de la femme.

Au point de vue civil, M. Oudot préfère la loi prussienne au Code Napoléon. Il regrette que la femme rendue mère ne

[1] *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 59 et 60.
[2] P. 159.

Digitized by Google

puisse pas exiger du père de son enfant les frais d'accouchement, etc.; que, s'il y a eu promesse de mariage, et que la femme ait été, jusque-là, de conduite irréprochable, elle n'ait pas le droit d'appeler devant le magistrat le père de son enfant, de le sommer de l'épouser, et, s'il s'y refuse, de se faire conférer par jugement le nom et le rang de son séducteur[1]...

J'ignore les résultats que donne la loi prussienne, mais j'ai lu l'histoire de ceux que produisait, dans l'ancienne France, le droit de rechercher la paternité. L'expérience, avec laquelle le législateur doit nécessairement compter, me semble avoir condamné, pour notre pays, les recherches de cohabitation illégitime.

Mais l'utilité ne peut l'emporter sur la justice ! — La justice n'est pas que l'inconduite de certaines femmes les autorise à menacer de procès scandaleux les hommes qui n'ont pas été leurs complices. Or, c'était là ce que produisaient les recherches de paternité[2]. Entre les familles honnêtes qui demandent leur tranquillité et les femmes qui ont manqué à leur devoir et qui demandent contre leurs complices une réparation, la loi française n'est point injuste en optant pour la sécurité des familles.

La question est beaucoup plus délicate, quand on l'envisage au point de vue de l'enfant. L'enfant n'a pas de faute à se reprocher! — C'est vrai, mais l'enfant, comme toute personne, est soumis à la règle de justice que le demandeur doit prouver le fondement de sa prétention. Or, comment prouver avec certitude que le défendeur est l'auteur de la naissance[3]? La

[1] P. 161 et suiv. — Compar. *De Saint-Joseph*, t. III, p. 198 (2e édition).

[2] « Depuis longtemps, dans l'ancien régime, un cri général s'était élevé « contre les recherches de paternité. Elles exposaient les tribunaux aux « débats les plus scandaleux, aux jugements les plus arbitraires, à la juris- « prudence la plus variable. L'homme dont la conduite était la plus pure... « n'était pas à l'abri de l'attaque d'une femme impudente, ou d'enfants qui « lui étaient étrangers. Ce genre de calomnie laissait toujours des traces « affligeantes. En un mot, les recherches de paternité étaient regardées » comme le fléau de la société. » *Exposé des motifs du titre de la Paternité et de la Filiation;* Fenet, t. X, p. 154.

[3] « Ce n'est pas pour dispenser le père des charges inhérentes à la pater- « nité que le Code en a défendu la recherche, mais parce qu'il a jugé qu'en « dehors du mariage ou d'une reconnaissance volontaire, la paternité ne « pouvait s'établir d'une manière certaine. » MM. Aubry et Rau, t. IV, « p. 665 (3e édition).

Digitized by Google

loi ne peut résoudre la difficulté pour les enfants nés d'une femme mariée qu'en consacrant la présomption de l'article 312.

Je voudrais qu'il fût possible de placer, dans l'article 341, le cas de séduction à côté de celui d'enlèvement. Mais une étude approfondie de la question démontrera, je le crains, que le droit de prouver la coïncidence de la conception et des faits de séduction ramènerait les inconvénients des recherches de paternité, dont l'ancienne France se plaignait si amèrement.

Quoi qu'il en soit de la séduction, l'article 340 nous semble devoir être modifié. Le plus grand nombre des interprètes étend au cas de viol l'exception que le texte de la loi restreint au cas d'enlèvement. Mais des jurisconsultes de grande autorité[1] se refusent à cette interprétation. Il nous semble qu'elle est commandée, sinon par le texte, du moins par l'équité, et que le législateur devrait la mettre hors de contestation.

On sait d'ailleurs que nos tribunaux accordent des dommages-intérêts à la femme séduite qui a été victime de manœuvres constitutives d'un délit civil. Ils appliquent le principe que l'auteur de faits illicites doit la réparation du préjudice par lui causé[2].

Après le livre des *droits et obligations résultant de la cohabitation*, vient celui de *l'autorité dirigeant l'éducation, l'instruction et la fortune du mineur*.

Là, comme partout, la division du sujet est un trait original du travail de M. Oudot. Une fois la distinction faite entre le mineur émancipé et le mineur non émancipé, l'auteur décrit la situation du dernier dans la famille légitime, dans la famille illégitime, dans celle qui est assimilée à la légitime, dans la famille légitimée, dans la famille qui se propose d'adopter, dans celle du tuteur officieux, dans les hospices. Il détermine ensuite les effets de l'émancipation.

En ce qui touche la famille légitime, M. Oudot examine,

[1] MM. Ducauroy, Bonnier et Roustain, t. I, n° 498; MM. Aubry et Rau t. IV, p. 699.

[2] Voy. arrêt rejet, ch. civ., 26 juillet 1864 (L... c. G...); Devill. et Car., 1865, I, 35. — Compar. arrêt Cour de Paris, 19 janvier 1865, *Gazette des tribunaux*, 29 janvier 1865; même Cour, 5 février 1866, *Gaz.*, 17 mars 1866.

Digitized by Google

successivement, l'état du mineur en puissance paternelle seulement, en puissance paternelle et en tutelle réunies, en tutelle seule.

Il serait trop long de suivre l'auteur dans le détail de l'exposition et des discussions. Je me bornerai à montrer que le moraliste s'est partout identifié avec le jurisconsulte, et à faire quelques remarques.

« Est-il, pour les père et mère, dit excellemment M. Oudot, « une obligation plus sacrée que celle de développer les facul- « tés de l'être à qui ils ont donné la vie? La vie, triste présent, « si la connaissance du beau et du bien ne vient pas lui assi- « gner sa véritable destination [1]. »

M. Oudot, plein de respect pour les droits naturels de la mère, fait observer que la loi a exigé son consentement, non moins que celui du père, toutes les fois que la nature des choses n'exigeait pas que la volonté du père fût prépondérante. Ainsi, le père ne pourra confier l'enfant à un tuteur officieux malgré la mère (art. 362); l'enfant qui n'a point vingt-cinq ans accomplis ne pourra se donner en adoption qu'avec le consentement de son père et de sa mère. « Quand il s'agit d'é- « lever famille contre famille, affection contre affection, la mère « doit avoir autant que le père droit de s'opposer à ce dé- « chirement [2]. »

Toutefois, en ce qui touche les droits de la mère, l'auteur ne signale pas la portée du texte qui ouvre, dans le Code, le titre de la Puissance paternelle : « (l'enfant) reste sous *leur* « autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation. »

Il résulte des expressions de la loi que la puissance paternelle appartient à la mère comme au père, et que l'article 373 ne confère exclusivement au père que l'*exercice* de l'autorité [3]. De là suit que, si le père est empêché d'exercer la puissance paternelle parce qu'il est interdit ou absent, rien ne faisant plus obstacle à l'exercice de cette autorité par la mère, la puissance paternelle lui passera de plein droit. De là suit encore que la mère exercera cette puissance en son propre nom et dans les limites tracées par la loi pour le cas de prédécès

[1] P. 167.

[2] P. 460.

[3] Compar. M. Demolombe, *Traité de la puissance paternelle*, n° 292; — M. Valette, *Explication sommaire...*, p. 212.

Digitized by Google

du mari. D'après M. Oudot, l'état de démence du père « ouvre « la puissance de la mère, *au nom du père.* » L'auteur ajoute : « dans les limites du pouvoir de la mère. » Mais, si la mère avait alors une puissance empruntée, il serait contestable que cette puissance fût calquée sur le pouvoir propre que la loi donne à la mère après la mort du père [1].

M. Oudot considère la puissance paternelle comme déléguée au père ou à la mère dans l'intérêt de l'enfant; il approuve la loi qui défend de modifier, même dans le contrat de mariage, les droits que comprend la puissance paternelle. Il conclut de l'article 1388 que les futurs époux ne peuvent faire de conventions légalement valables sur le choix de la religion dans laquelle seront élevés les enfants. « Ces clauses, dit-il, sont « évidemment de toute nullité : la mère, après le décès du « père, le père, du vivant de la mère, ne sont pas tenus de « les observer. Ils n'ont pu faire brèche à leur droit de diriger « l'éducation, en retirant de cette direction la direction reli- « gieuse, la plus importante de toutes les parties qu'elle con- « tient; et d'ailleurs toutes ces parties ne se confondent-elles « pas de manière à former un tout indivisible? Admis sur la « question de direction religieuse, le contrôle de la mère pré- « tendra intervenir à cette occasion sur le choix que le père « voudrait faire de l'institution où il s'agirait de placer les « enfants [2]..... »

Je veux considérer ce qui précède comme l'expression de l'opinion définitive de M. Oudot. L'auteur dit, toutefois, un peu plus bas, que, sauf à la sagesse du juge à distinguer avec soin la foi sincère et la prétention qui ne serait qu'une excuse apparente pour arriver au déchirement de la famille, on peut accepter l'avis de quelques bons esprits, d'après lesquels la mère pourrait faire prononcer la séparation de corps pour sévices, lorsque le mari ajoute au tort d'avoir accepté la clause dans son contrat de mariage, celui de se jouer de sa parole.

Ce tempérament est incompatible avec la décision précédemment donnée. *Icelui n'attente qui n'use que de son droit.*

[1] P. 327. — M. Oudot se rapproche de la doctrine qui nous paraît la meilleure, lorsqu'il présente, ailleurs (p. 338, 2e alin.), l'article 373 comme ne consacrant qu'une prépondérance au profit du père.

[2] P. 170. — Compar., p. 269 et 275, où M. Oudot n'est pas moins ferme dans cette doctrine.

Digitized by Google

Le mari ne peut être puni de ce qu'il reprend (de bonne foi, je suppose, et non par esprit de vexation) une autorité que la morale et la loi lui défendaient d'abandonner.

La tutelle occupe une grande place dans la partie de l'ouvrage, que j'analyse.

M. Oudot ne s'est pas écarté du plan imposé, par le sujet même, au législateur : il a successivement traité de la tutelle du survivant des père et mère, de la tutelle testamentaire, de celle des ascendants, de la tutelle déférée par le conseil de famille.

Ici, comme ailleurs, M. Oudot rend justice à la sagesse des auteurs du Code et leur prête, sans hésiter, des considérations très-élevées ou très-délicates. Ainsi, sur cette question : Le tuteur testamentaire entrera-t-il en exercice aussitôt après la mort du dernier mourant lors même qu'à cette époque un tuteur datif gérera la tutelle? L'auteur, pour soutenir l'affirmative, invoque l'esprit de la loi qu'il comprend ainsi : « L'excuse « invoquée par le père ou par la mère a produit la nomination par « le conseil de famille d'un tuteur, en tant qu'administrateur des « biens du pupille. Mais la garde de l'enfant est restée au père « ou à la mère (art. 372, 373). La délation de la tutelle testa- « mentaire a le but important de faire passer cette garde au « successeur de leur choix, de préférence au tuteur dans lequel « le conseil n'a peut-être considéré que les talents de l'admi- « nistration. Le droit de transmettre cette garde est plus grave « et plus précieux aux yeux du dernier mourant, que le droit « de désigner l'administrateur de la fortune; et la désignation « de celui-ci par le conseil de famille ne doit pas empêcher le « père ou la mère de désigner celui qui le remplacera quand « il ne pourra plus surveiller, dans les deux missions réunies « de l'éducation du mineur et du soin de son patrimoine[1]. »

M. Oudot n'est pas favorable à la tutelle des ascendants dont « le hasard détermine l'attribution sans connaissance de « cause. » Il nous paraît suivre l'esprit de la loi lorsque, dans toutes les questions où le doute s'élève sur le point de savoir s'il y a lieu à tutelle légale des ascendants ou à tutelle dative, il se déclare en faveur de la tutelle dative « avec d'autant

[1] P. 292.

Digitized by Google

« moins de scrupule que la tutelle dative laisse au conseil de « famille la possibilité de choisir l'ascendant prétendant à la « tutelle légitime contestée, si l'intérêt du mineur le désigne, « en effet, comme le candidat le plus digne[1]. »

M. Oudot examine cette question commune à la tutelle testamentaire et à la tutelle dative : le dernier mourant et le conseil de famille peuvent-ils nommer plusieurs tuteurs ? Il se prononce dans le sens négatif par la raison, entre autres, qu'en l'absence d'une préférence indiquée pour l'administration, tous les tuteurs nommés devraient agir ensemble : on ne peut, dit l'auteur, *représenter* une même personne d'une manière multiple et contradictoire. M. Oudot s'explique que les Romains aient admis la pluralité des tuteurs : chez eux, le mot *administrer* indiquait pour chaque tuteur l'action de faire des opérations en son nom ; on conçoit, dès lors, qu'ils pouvaient tous en faire isolément. Mais cela ne convient plus à l'idée française de représentation[2]. M. Oudot ne s'est-il pas fait illusion sur les conséquences du système romain? L'action utile ne produisait-elle pas le même résultat que la représentation française ? D'autre part, le principe de la représentation a-t-il empêché la loi française de reconnaître à chacun des associés administrateurs le droit de faire individuellement des actes d'administration (art. 1857 C. Nap.) ?

La délation des tutelles une fois exposée, M. Oudot décrit les pouvoirs que les tutelles confèrent, et combine ces pouvoirs avec celui du conseil de famille. Puis il étudie l'état du mineur émancipé.

J'ai signalé déjà l'idée exacte et élevée que l'auteur présente du pouvoir d'émanciper. Émanciper un mineur, c'est prononcer un jugement, attentivement délibéré, sur la précocité de la raison du mineur. M. Oudot ajoute que la loi ne contrarie pas cette idée, lorsqu'elle déclare que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage. En effet, consentir au mariage du mineur, c'est reconnaître la précocité de sa raison. « Le ma- « riage ne va-t-il pas donner au mineur l'occasion d'exercer « une direction difficile et de tous les instants, sur le conjoint « dont il doit garder l'affection et faire le bonheur ?... Cette

[1] P. 297.
[2] P. 310.

Digitized by Google

« direction ne va-t-elle pas dans les mains du mari revêtir un « caractère légal sous le nom de puissance maritale? Le besoin « de l'unité ne défend-il pas que cette puissance ait à se « heurter contre une autorité rivale qu'exercerait la famille « de la femme? Enfin, cette puissance maritale ne va-t-elle pas « bientôt être suivie de la puissance paternelle?..... Et quant « à la femme, si elle n'a pas un droit sur le mari et, sur les « enfants, une puissance légale, n'a-t-elle pas, en fait, mission « d'exercer une influence continuelle sur leurs destinées?... » Le mari et la femme ne doivent-ils pas être, avant tout, capables de diriger leur propre existence? « Et la famille qui expo- « serait un mineur à toutes les difficultés inséparables de l'état « de mariage, quand elle ne le jugerait pas capable de se con- « duire lui-même, ne tomberait-elle pas dans une injustifiable « contradiction?[1] »

L'auteur ne s'est pas borné à expliquer, relativement aux deux catégories de mineurs, ce qu'il appelle *le système préventif* organisé pour protéger la faiblesse du mineur, il a, de plus, exposé ce qu'il nomme le *système répressif*, c'est-à-dire, la sanction de la loi. « Quiconque, dit M. Oudot, veut observer la loi, « a dû se soumettre, dans ses relations avec un mineur, à « toutes les règles du système préventif que nous venons d'ex- « pliquer. Mais *quid* s'il ne s'y est pas soumis, ou même s'il « s'y est soumis, mais qu'il y ait lésion? Il faut rechercher si « la nullité est pour incapacité ou pour lésion, — en un mot, « le *casus* de la nullité et la nature de cette nullité. »

Sur le premier point, M. Oudot distingue entre ce qu'il appelle l'incapacité de jouissance (impossibilité pour le mineur de faire certains actes même par représentant) et l'incapacité d'exercice (impossibilité de faire les actes autrement que par représentant).

Avec la doctrine commune, l'auteur décide que le compromis, la donation hors du contrat de mariage, seraient nuls *pour incapacité de jouissance*, sans exiger la lésion[2].

Avec la doctrine proposée par beaucoup d'auteurs et consacrée par la jurisprudence, il admet, en ce qui concerne l'in-

[1] P. 387.
[2] P. 405.

Digitized by Google

capacité d'exercice, une distinction entre le cas où la loi prescrit d'autres formalités que la représentation par le tuteur, et ceux où cette représentation suffit.

Dans le premier cas, si les formes n'ont pas été observées, il y a nullité pour incapacité; dans le second, pour lésion. — Le mineur est donc considéré comme majeur : quand les actes assujettis aux formes sont réguliers, quand le tuteur a fait tous autres actes, quand le mineur les a faits, mais sans lésion [1].

Quelle est la nature de la nullité?

S'il y a incapacité de jouissance — le mineur a donné ou compromis—la nullité est absolue, suivant M. Oudot. Le second alinéa de l'article 1125, qui empêche la partie capable d'invoquer la nullité, ne s'appliquerait que dans les cas d'incapacité d'exercice [2].

Cette distinction me paraît inconciliable avec le texte et avec l'esprit de l'article 1125 qui déclare en termes généraux que la nullité est relative.

Je regrette de ne pouvoir m'arrêter sur le livre quatrième (de la première partie) dans lequel M. Oudot traite des droits et obligations de famille quant à la direction de certains actes importants de la vie des mineurs et des majeurs, c'est-à-dire quant au mariage, quant au choix de la profession religieuse, quant à celui de la profession militaire, commerciale, industrielle, quant à l'autorisation d'entrer daus une famille nouvelle par l'adoption ou la tutelle officieuse. Ce livre, le cinquième qui traite de la dette alimentaire sous le titre d'*Assistance aux indigents*, les sixième, septième et huitième livres consacrés aux personnes plus ou moins atteintes d'aliénation mentale, ou convaincues de prodigalité ; le neuvième livre qui expose les devoirs de la famille dans le cas où un de ses membres a été privé de sa capacité sans cause légitime; enfin, le dixième qui est réservé à l'assistance due aux interdits pour crime, toute cette vaste étude sur les devoirs de famille montre M. Oudot moraliste conséquent et jurisconsulte très-habile.

Je ne veux pas, cependant, affirmer qu'il ait épuisé la matière.

[1] Voy. p. 421 et suiv.
[2] P. 423.

Digitized by Google

Un volume entier n'y aurait pas suffi. Plusieurs fois M. Oudot tranche en quelques mots une question susceptible de longs développements. Par exemple, prévoyant le cas où il serait utile, peut-être urgent, de vendre ou d'hypothéquer l'immeuble d'une personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés, M. Oudot se borne à dire : Il faut, pour que ces actes puissent être faits, qu'une interdiction préalable mette la personne sous une protection plus complétement organisée [1]. Il ne discute pas l'opinion, très-sérieuse, qui permet de faire autoriser par la justice l'emprunt, l'aliénation, l'hypothèque, etc.

En revanche, M. Oudot donne, avec le plus grand soin, la raison de toutes les dispositions de la loi. Pourquoi les alliés et les amis ne peuvent-ils provoquer l'interdiction? L'auteur répond : Le législateur est obligé de tenir compte de tout, même des préjugés ; une opinion qui peut n'être qu'un préjugé, voit dans la démence une maladie héréditaire ; l'existence d'un aliéné dans une famille peut inspirer, contre les autres membres de cette famille, des préventions fâcheuses ; dès lors, la loi laisse aux personnes *unies par le lien du sang* avec l'aliéné le soin d'apprécier les circonstances et de comparer l'exigence des intérêts du malade avec celle de leurs propres intérêts compromis par le retentissement d'un procès en interdiction. Même consolidée par le contrat d'adoption ou par celui de tutelle officieuse, l'amitié ne donne pas le droit de requérir l'interdiction. Les alliés et les amis ne pourront que stimuler, s'il y a lieu, le zèle du ministère public dans le cas où il peut agir [2].

L'étendue de l'incapacité des personnes interdites est fixée par M. Oudot dans le chapitre qu'il consacre à la nullité des actes faits par l'aliéné interdit. L'auteur ne retranche pas, en principe, de la règle posée d'une manière générale par l'article 502 les actes pour lesquels sa volonté ne saurait être remplacée par celle de son tuteur ou de toute autre personne. « Tous actes, dit-il, seront nuls de droit, soit que comme un « compromis ou une donation, ils soient frappés par l'incapa- « cité de jouissance qui pèse sur l'interdit ; soit que, comme « une vente, un bail, etc., ils soient frappés par l'incapacité

[1] P. 524.
[2] P. 529, 530.

Digitized by Google

« d'exercice [1]..... » M. Oudot ne réfute pas les arguments par lesquels on exclut de l'article 502 les actes qui n'admettent pas la représentation. Je le regrette. Il me paraît dangereux, pour l'interdit et pour sa famille, de laisser s'accréditer la doctrine que la donation et le testament ne sont pas nuls de droit. On croit échapper au péril en disant que le donataire ou le légataire devra prouver l'intervalle lucide. Comment ne voit-on pas que, la présomption d'incapacité des articles 502 et 1124 mise à l'écart, le droit commun demeure seul applicable? Or, le droit commun, c'est la capacité des personnes, et, par suite, la validité des actes. Il faudra donc que les héritiers prouvent que l'interdit donateur ou testateur n'était pas sain d'esprit (art. 901) à l'époque — je ne dis pas dans le moment — où il a fait la disposition!

Quelques mots sur les deuxième, troisième et quatrième parties (acquisition, modalités, extinction des droits de famille). M. Oudot n'y consacre qu'un petit nombre de pages. Parfois le sujet est seulement esquissé.

L'auteur distingue entre l'*acqusition de la relation*, d'où sortent les droits et obligations, savoir : cohabitation, parenté, alliance, amitié, et *l'acquisition des droits et obligations* produits par la relation déjà formée.

La relation peut résulter de causes diverses; mais, une fois la relation créée, les droits et obligations qu'elle produit sont, dans le droit de famille, l'œuvre directe du législateur. Celui-ci, néanmoins, n'impose pas toujours « brutalement » les obligations qu'il attache à une relation de famille. La volonté de l'obligé est parfois consultée. C'est ainsi que le parent ou l'ami peut s'excuser de la tutelle dans les cas déterminés par la loi. A ce propos, M. Oudot fait d'une expression de l'article 1370 une critique qui montre, une fois de plus, la délicatesse morale de ce remarquable esprit. Le Code, dit notre auteur, ôte le nom d'*obligation résultant de l'autorité directe de la loi*, pour lui donner le nom *d'obligation résultant du quasi-contrat*, à l'obligation *des tuteurs et autres administrateurs* quand ils n'usent pas du droit de *refuser la fonction qui leur est déférée*. « C'est aller un peu loin..... En bonne conscience, les

[1] P. 568.

Digitized by Google

« tuteurs ou administrateurs dont nous parlons, s'ils sont en « état d'exercer la fonction, ne remplissent pas leur devoir en « la déclinant ; la loi ne doit pas supposer qu'ils le violent. En « lui laissant la faculté de refuser, la loi ne crée pas un pré- « tendu droit de fantaisie capricieuse, consistant à choisir, *ad* « *libitum*, entre l'accomplissement et l'inaccomplissement de « ce qui est bien. Ainsi n'apparaît pas le fait vraiment volon- « taire qui constitue le quasi-contrat [1]. »

Dans *le livre* intitulé : *Acquisition des droits et obligations résultant de la cohabitation*, je m'attendais à trouver un traité sur les qualités et les formes requises pour contracter mariage. M. Oudot a sans doute expliqué cette importante matière dans le traité général.

Ici, supposant connue l'acquisition de la relation d'où sortent les droits et obligations, il se borne à dire que (cette relation une fois formée) un seul élément fait naître les droits et obligations, la volonté de la loi, qu'il n'existe, en ce point, aucun système d'excuses légales, sauf les règles générales sur le cas fortuit [2].

Par contre, on trouvera, dans le livre troisième, un travail étendu sur les excuses de la tutelle.

Dans la troisième partie, M. Oudot ne fait que toucher les modalités des droits et obligations de famille. Il remarque que les matières du droit de famille déterminateur offrent rarement l'application des modalités de condition et de terme; que, dès lors, il n'y a pas lieu pour le jurisconsulte de s'y arrêter.

En commençant la quatrième partie, *extinction des droits de famille*, M. Oudot rappelle que son *Code des dispositions générales applicables à toutes les branches du droit* divise les extinctions des droits en : extinctions naturelles (payements, compensations, survenance du terme ou de la condition extinctifs); extinctions accidentelles (dation en payement, novation, etc.); paralysie de l'obligation (confusion). Dans le droit de famille, dit l'auteur, on ne rencontre guère comme causes d'extinction que des *termes extinctifs* et des *conditions extinctives*.

[1] P. 602.
[2] P. 605.

Digitized by Google

C'est à titre de *condition extinctive* des droits et obligations résultant de la cohabitation que M. Oudot traite de la séparation de corps.

Il fait connaître successivement les causes de la séparation, le tribunal qui sera compétent pour la prononcer, les fins de non-recevoir et les exceptions, la procédure, les effets de la séparation, la cessation de ces effets.

M. Oudot approuve le législateur, avec raison, je crois, de n'avoir pas admis la séparation conventionnelle. On en eût abusé. « Au moindre trouble de la paix conjugale, on se serait quitté « pour se reprendre quinze jours après : il y aurait eu une suc- « cession indéfinie de caprices. » Sans compter que la séparation conventionnelle eût été souvent frauduleuse : comme elle aurait entraîné la séparation de biens, on s'en fût servi pour frustrer les créanciers du mari [1].

Le Code italien admet les séparations de corps par consentement mutuel, moyennant l'homologation du tribunal. Ce système mixte doit-il être introduit dans le Code Napoléon? La question nous parait mériter un très-sérieux examen [2].

Les effets de la séparation de corps sont l'une des faces les plus intéressantes du sujet. M. Oudot s'y arrête. Selon lui, — mais cela nous paraît difficile à concilier avec le droit des époux d'avoir désormais une habitation séparée — l'un des époux pourrait demander que l'autre vînt dans sa maison lui donner des soins en cas de maladie [3].

M. Oudot n'ose pas, semble-t-il, conclure sur la célèbre question de la révocation de plein droit des avantages faits à l'époux coupable par son conjoint. Il n'examine pas le point délicat, que M. Gabriel Demante a savamment traité dans la *Revue*, de savoir si la révocation de l'article 299 du Code civil procède contre les tiers.

M. Oudot rejette, avec le plus grand nombre des auteurs, la doctrine, admise par la jurisprudence, qui fait rétroagir au jour de la demande la séparation de biens conséquence de la séparation de corps.

[1] Compar. M. Demolombe, *Du mariage*, t. II, n° 400.

[2] Compar. en sens divers M. Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 72 et suiv.; M. Boissonade, *Rev. crit.*, t. XXIX, p. 175.

[3] P. 659.

Digitized by Google

Il n'admet pas non plus — mais il se rencontre ici avec la Cour de cassation [1] — que la volonté seule de l'époux offensé suffise pour mettre fin à la séparation de corps.

Il est temps de terminer cette analyse en signalant quelques imperfections qui nous ont paru communes aux diverses parties de l'ouvrage.

M. Oudot n'a pas fait à la jurisprudence la place qui lui appartient dans les travaux sur les lois en vigueur. Les arrêts qu'il cite sont, le plus souvent, fort anciens. Cela s'explique. M. Oudot a dû faire d'immenses lectures et méditer pendant bien des années avant d'écrire son ouvrage principal : *Conscience et science du devoir*. Le temps lui a manqué pour se tenir au courant de la jurisprudence. De là, dans *le Droit de famille*, une lacune regrettable. Si la maladie n'eût pas enlevé les forces à cet énergique et consciencieux travailleur, il aurait enrichi son livre des monuments de jurisprudence les plus récents. De plus, il eût dit son dernier mot dans un assez grand nombre de controverses qu'il expose sans prendre définitivement parti. Peut-être enfin, car il avait l'esprit ouvert à tous les perfectionnements, M. Oudot aurait renoncé à certaines formules qu'il employait pour atteindre à l'exactitude rigoureuse du langage, mais qui avaient le grave inconvénient de n'être pas immédiatement comprises de ceux qui les entendaient. On ne devine pas tout de suite que *cohabitation assimilée à la légitime* signifie mariage putatif.

La critique pourrait relever encore quelques taches dans le livre de M. Oudot. J'aime mieux signaler au lecteur un côté de cette œuvre, dans lequel on verra, je crois, une nouvelle marque d'une raison supérieure.

M. Oudot avait fait du Code civil, au point de vue philosophique, l'étude la plus approfondie. Il comparait incessamment le droit positif au droit naturel tel qu'il le comprenait. Dans *le Droit de famille*, plusieurs fois il critique la loi, et conseille de la modifier. On se rappelle ce qu'il demande pour la femme devenue mère à la suite d'une cohabitation illégitime [2]. Ail-

[1] Req rej., 3 février 1841 (époux X...); Devill. et Car., 1841, 1, 97. — *Junge* M. Valette, *Explication sommaire*, p. 152.

[2] P. 541.

Digitized by Google

leurs, il remarque que, d'après le Code Napoléon et d'après le Code de procédure, le tuteur et le subrogé tuteur sont nommés à l'interdit judiciaire *s'il n'y a pas d'appel;* que la loi laisse donc à la seule intelligence ou raison du défendeur la délibération sur l'opportunité d'appeler d'un jugement qui peut être mal fondé, qui aurait dû, par exemple, se borner à la nomination d'un conseil judiciaire. Il dit, très-justement je crois : « La loi n'aurait-elle pas dû donner à ce défendeur un « protecteur à qui le jugement eût été signifié, pour qu'il pût « aider le défendeur à en discuter les mérites[1], etc., etc.? »

On le voit, M. Oudot ne craint pas de signaler les défauts du Code, et d'en provoquer le redressement. Mais il n'accable pas de ses dédains le législateur dont il combat la décision. Nulle part, je crois, il n'oublie ce qu'il a si bien exprimé dans son introduction[2], que le publiciste qui inscrit sur son drapeau *droit naturel* et se met à critiquer l'œuvre *du droit positif, n'est qu'un homme* ayant la prétention d'avoir résolu plus exactement le problème dont le législateur, homme comme lui, a essayé la solution; et que « soumis à la loi du progrès « (comme *le droit positif* qu'il combat), *le droit naturel* lui-« même qu'invoque le publiciste d'aujourd'hui, s'éclaircira « successivement par les recherches des publicistes de « demain. »

Le critique respectueux de la loi ne pouvait manquer, dans la controverse, de courtoisie envers ses adversaires. L'auteur du *Droit de famille* met en pratique le conseil que son *Introduction* donne en ces termes : « Le cœur repousse, autant que « la logique, les rivalités enfantées par l'orgueil entre les « hommes qui s'occupent des mêmes études..... Quoi de « plus doux pour l'homme éclairé que cette charité de l'in-« telligence, bien plus désireuse de trouver la douceur de « l'accord que le triomphe de la vanité? »

Les lecteurs de la *Revue* n'ont pas oublié l'article, pensé avec élévation et délicatement écrit, dans lequel M. Bonnier apprécie les services rendus à la science par M. Oudot[3]. Je n'essayerai pas de redire ce qui a été si bien exprimé, mais

[1] P. 541.
[2] *Conscience et science du devoir*, t. II, p. 186.
[3] *Revue critique*, t. XXV, p. 552.

Digitized by Google

seulement de répondre à cette question que soulève l'étude du *Droit de famille :* faut-il approuver l'auteur d'avoir jeté dans un moule tout nouveau la science qu'il voulait exposer?

S'il s'agissait de juger un enseignement donné du haut de la chaire, j'hésiterais à louer l'entreprise de l'éminent professeur. Il est bien difficile d'acquérir la science du droit! Les maîtres qui l'exposent doivent éviter tout ce qui peut décourager les jeunes intelligences. Or, si elles cessent un moment de suivre celui qui les conduit par une route jusqu'alors inconnue, elles ne trouvent pas aisément un guide qui les remette dans le chemin. Il est facile, au contraire, de rejoindre la voie commune, grâce au grand nombre d'auteurs qui l'ont parcourue.

Mais, au point de vue de la science et des affaires, M. Oudot me semble avoir bien fait d'obéir aux tendances de son esprit. En présentant le droit de famille sous une forme nouvelle, il stimule les légistes. La Rochefoucauld dit que nous n'avons pas assez de force pour suivre toute notre raison. Cela n'est pas vrai seulement des actions, mais aussi de la pensée. L'homme va rarement jusqu'au bout de sa raison. Par suite de la même faiblesse, les juristes ne tirent pas de leur doctrine tout ce qu'elle contient. Il faut, en général, qu'une question nouvelle portée devant les tribunaux exige une solution, pour que nous essayons de rectifier ou d'étendre une théorie juridique. La méthode de M. Oudot conduit à rechercher jusqu'aux dernières conséquences d'un principe. L'étude de son livre excitera les légistes à suivre toutes les ramifications des règles de droit, et à prévoir des difficultés qui ne prendront plus la doctrine au dépourvu, quand elles se produiront dans la pratique.

Si cette analyse, trop longue sans être complète, a fait pressentir le mérite de l'ouvrage, on pensera, avec moi, qu'une fois encore M. Demangeat a rendu service à l'étude du droit en publiant le livre de M. Oudot. « C'est en mon cher collègue « Demangeat que j'espère, avait dit M. Oudot dans son tes- « tament. » Il ajoutait : « Puissent ces travaux de toute ma vie « n'être pas perdus! » M. Demangeat, qui avait pleuré la mort de son maître comme il a pleuré, peu de temps après, celle de son père, a noblement acquitté la dette de la reconnaissance.

Digitized by Google

Il y fallait son infatigable courage et sa science éprouvée.

Le manuscrit se composait de parties fort dissemblables. Tantôt le travail était achevé : il n'y avait qu'à remettre les feuillets à l'imprimeur. Tantôt, au contraire, les idées avaient été simplement indiquées ; la phrase n'était point faite. « Mon « attention constante, dit M. Demangeat dans un touchant « avant-propos, a été qu'il n'y eût pas défaut d'harmonie trop « sensible entre les parties qui appartiennent à M. Oudot pour « la forme comme pour le fond, et celles qui ne lui appartien- « nent que pour le fond. Plaise à Dieu que je n'aie pas mala- « droitement défiguré l'œuvre du maître ! »

Quand on aura lu l'ouvrage, quand, nulle part, on n'aura reconnu la trace d'une autre main que celle de M. Oudot, on appréciera à sa juste valeur le travail long et délicat que son pieux élève a su mener à fin.

Le disciple qui achève le livre de son maître s'élève jusqu'à son maître, si l'on peut dire du livre ce que l'on dit d'une belle statue : *uno spiritu continetur*. A. DUVERGER.

LE CODE CIVIL DU BAS CANADA

ET LES ANNOTATIONS DE M. DE BELLEFEUILLE,

Compte rendu par M. G. Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Il faut prendre garde aux grandes phrases et aux grands mots. Il faut se défier surtout de ce que l'on appelle communément les grands principes. C'est sous ce nom que se dissimulent les erreurs accréditées, les coutumes surannées, les abus vieillis ou les utopies irréalisables ; c'est derrière cette qualification que s'abritent à l'aise la faiblesse et la violence, l'irrésolution et l'entêtement. Les hommes ou les nations trouvent toujours, quand elles commettent des fautes, un ou plusieurs principes à invoquer pour expliquer leur conduite, excuser leurs erreurs, innocenter leurs mauvaises actions. —

Digitized by Google

En 1774, on discutait au parlement anglais les fameux bills dont l'adoption devait amener le soulèvement des colonies américaines qu'une série de mauvaises mesures avaient déjà blessées profondément. Lord North venait de proposer à la chambre des communes ce qu'il appelait euphoniquement « un bill pour régler le gouvernement de Massachusets. » Pour appeler les choses par leur nom, il demandait au parlement de supprimer les libertés coloniales, d'anéantir la charte sous la foi de laquelle la Nouvelle-Angleterre avait grandi, de mettre aux mains du roi, des lords et des communes d'Angleterre le droit de taxer les Américains. Régler, en langue ministérielle et gouvernementale, cela voulait dire détruire. Ce que lord North demandait avant tout à la chambre, c'était d'affirmer nettement le principe de la suprématie, de la souveraineté de la métropole, de la dépendance, de la sujétion de la colonie. Burke se leva, Burke, l'adversaire acharné de la révolution française, bien qu'il ait été l'un des plus ardents et des plus éloquents défenseurs de la liberté. Il soutint énergiquement la cause des colons, et revendiqua pour les Américains, comme pour les citoyens de la mère patrie, le droit de ne payer que l'impôt librement consenti par eux ou leurs représentants. Le ministère se borna à répondre que ne point voter le bill proposé c'était faire brèche au principe d'autorité, principe respectable entre tous, et que la métropole devait soigneusement mettre à l'abri de toute atteinte. Le parlement se laissa entraîner. Pour maintenir le principe d'autorité et de suprématie, il vota le bill, et la Grande-Bretagne perdit ses colonies américaines. Le principe d'autorité n'y trouva qu'un échec. Mais la leçon profita à l'Angleterre. On parle souvent de l'entêtement des Anglo-Saxons. L'entêtement, c'est là, dit-on, la qualité principale de cette race; c'est à l'entêtement qu'elle doit ses succès et sa grandeur. A côté de cet entêtement prétendu, qui n'est en somme que de l'énergie, de la fermeté dans les desseins, se trouve dans le peuple anglais un esprit éminemment pratique, qui fait son profit des leçons de l'expérience, et sait demander à l'échec passé le secret du succès à venir. Cet esprit pratique, bien peu de nations le possèdent au même degré. Nous n'avons point le loisir de rechercher, ni le droit d'indiquer les conséquences possibles d'un système que l'Angleterre a franchement et absolument

Digitized by Google

abandonné. Gouvernées par des agents de la métropole, les colonies françaises ne sont point représentées au Corps législatif. Elles reçoivent de France des lois toutes faites, auxquelles les colons doivent se soumettre.

L'Angleterre, au contraire, accorde aujourd'hui à ses colonies, l'Inde exceptée, et l'exception s'explique d'elle-même, la plus franche, la plus large autonomie. Le gouvernement de la métropole nomme le gouverneur, mais à côté de ce gouverneur se trouve un conseil privé, sorte de ministère responsable qui n'a avec le conseil privé de nos colonies d'autre analogie que celle du nom. Deux chambres, dont l'une au moins émane du suffrage librement exprimé des colons, votent l'impôt, en même temps qu'elles pourvoient par des lois aux besoins généraux du pays. L'organisation politique des colonies est calquée sur celle de la mère patrie. Il est bien loin le temps où le général Carleton, l'un des premiers gouverneurs anglais des provinces canadiennes, disait à la chambre des communes : « que les Canadiens désapprouvaient le jury en matière criminelle ; qu'ils trouvaient extraordinaire que des gentlemen trouvassent plus de sûreté pour leurs propriétés dans le jugement de tailleurs, de cordonniers, de gens de boutique que dans la décision de juges de profession. Bien loin de désirer une assemblée représentative, les Canadiens, disait le général, étaient, au contraire, fort opposés à pareille institution : ils m'ont toujours répété, ajoutait M. Carleton, qu'en voyant les disputes perpétuelles de la couronne et des assemblées dans les autres colonies, ils aimaient mieux ne pas avoir d'assemblées. » (Voyez lord Mahon, edition de Leipsig, vol. VI, p. 18.)

Le régime anglais a porté ses fruits. Le Canada, l'Australie, ont emprunté à l'Angleterre ce que l'on peut appeler sa législation constitutionnelle et politique, l'*habeas corpus*, le jugement par jury, toutes ces dispositions tutélaires qui font du citoyen anglais l'homme libre par excellence. Les colonies ont compris qu'il est certaines institutions qui sont indispensables en tous pays, dans tous les climats; elles ont compris que « les garanties constitutionnelles étaient bien placées à Montréal comme à Londres : que la liberté politique pouvait pousser partout. » Mais, en même temps, elles ont compris qu'une législation civile ne s'improvisait pas, et qu'il fallait en pareille matière tenir compte des vieilles habi-

Digitized by Google

tudes du pays autant au moins que des théories et des systèmes. Aussi les colonies anglaises se sont-elles bien gardées de tenter de s'assimiler le chaos inextricable de la législation civile de la mère patrie. Au bas Canada, ancienne possession française, par exemple, c'est la coutume de Paris qui, jusqu'à ces derniers temps, est restée en vigueur. Elle vient d'être remplacée tout récemment (1865) par un Code civil dont les dispositions principales sont empruntées à l'ancienne coutume et à notre Code Napoléon.

Mais l'esprit général du Code civil du bas Canada est plus large, plus libéral que celui du Code français. Nous n'avons pas la prétention de faire à cette place une étude comparative des deux législations, étude qui cependant serait intéressante. Nous indiquerons seulement le plan général du Code que viennent de voter les législateurs canadiens.

Un Code civil à leurs yeux ne devait point être, comme en France, scindé en deux parties : l'une réglant les rapports des citoyens non commerçants entre eux, l'autre applicable aux gens s'occupant du commerce. Un Code civil, pour eux, devait comprendre l'ensemble des principes applicables aux contrats civils, quelle que fût d'ailleurs la qualité ou la profession du contractant. Aussi le nouveau Code du bas Canada réunit-il dans un seul corps notre Code Napoléon et notre Code de commerce. C'est ainsi que le titre des sociétés règlemente à la fois les sociétés civiles et les sociétés commerciales, que le titre du mandat contient, à côté des règles applicables au mandat proprement dit, les dispositions relatives au contrat de commission, aux courtiers, aux facteurs et autres agents.

Le prêt à la grosse, le contrat d'assurance, un titre entier, « des bâtiments marchands, » les règles de l'affrétement, de la lettre de change, du billet promissoire, des chèques ou mandats à ordre sont également comprises dans le Code civil du bas Canada, dont elles constituent incontestablement la partie la plus originale. L'influence anglaise, l'influence américaine s'y fait sentir. Ce n'est plus Pothier, ce n'est plus Laurière, qui ont inspiré ce côté de l'œuvre des législateurs du bas Canada, c'est le *Merchant Shipping act*, ce sont Story, Abbott, Bell, Erskine. La majeure partie des dispositions qui, au Code de commerce français, règlent les obligations des armateurs à

Digitized by Google

l'égard des matelots, est manifestement imposée par cette idée, qu'on trouvait déjà dans l'ordonnance de la marine, que le matelot appartient à l'État, qui le prête à l'armateur. Celui-ci est obligé de le rendre à l'État lorsque l'État en a besoin; de là pour l'armateur l'obligation de rapatrier le matelot; de là une quantité de prescriptions qui, pleines de sollicitudes pour le matelot en apparence, n'ont d'autre résultat, on peut dire d'autre but, que de lier la liberté de celui-ci comme celle de l'armateur. Rien de tout cela dans la législation du bas Canada : Liberté en tout et pour tous.

Les dispositions relatives aux sociétés commerciales, très-simples, très-claires, donnent dans tous les cas aux associés le droit et les moyens de se rendre un compte exact de la situation de la société, tout en laissant aux gérants la part d'initiative et de liberté nécessaires pour qu'ils puissent administrer fructueusement les affaires sociales, et en donnant aux tiers toutes garanties, elles auraient pu être étudiées avec fruit par les conseillers d'État et les députés qui ont préparé et voté notre loi nouvelle sur les sociétés.

La lettre de change est valable dès qu'elle contient la signature ou le nom du tireur, et ordre de payer une somme d'argent spécifiée, à tout événement et sans condition. La remise de place en place n'est point exigée.

La partie purement civile du Code du bas Canada, c'est la coutume de Paris rajeunie et mise en rapport avec les besoins de la société moderne. Les règles relatives aux conventions matrimoniales, au douaire légal ou coutumier, préfixe ou conventionnel, aux effets légaux du mariage et à la capacité respective des conjoints, sont la reproduction presque textuelle de l'ancienne coutume. Le bas Canada en est également resté, en ce qui concerne la mort civile, aux vieilles idées et aux vieilles règles. Des articles nombreux relatent avec complaisance les effets de la mort civile, les droits du conjoint et des héritiers de la personne morte civilement. La mort civile emporte la perte de tous les biens du condamné, lesquels sont acquis, dit l'article 35, au souverain, à titre de confiscation. Comme l'ancien droit français, le Code du bas Canada permet la recherche de la paternité, mais il supprime la réserve coutumière et donne sans restriction au père le droit de disposer comme il l'entend de sa fortune et de

Digitized by Google

ses biens. A défaut de testament, le principe de l'égalité des partages est formellement consacré. Les substitutions perpétuelles sont défendues. Le titre des obligations, ceux de la vente, de la prescription, du cautionnement, du jeu et du pari, des transactions, des rentes viagères sont empruntées à Pothier et au Code Napoléon; quelques dispositions de ces titres divers, inspirées par l'esprit nouveau, sont remarquables. Notons, entre autres, cette disposition éminemment pratique de l'article 1915. « La valeur de la rente viagère est estimée à un montant qui soit suffisant au temps de la collocation pour acquérir d'une compagnie d'assurance sur la vie une rente viagère de la même somme. » Notons également l'article 2055 « qui donne aux compagnies d'assurances mutuelles hypothèque légale sur tous les biens immeubles de chaque assuré pour le recouvrement des contributions que celui-ci doit payer. » Le principe de la publicité en matière hypothécaire est consacré, la transcription organisée.

En un mot, les législateurs du bas Canada ont su, tout en maintenant en grande partie l'ancienne coutume de Paris, faire leur profit des travaux remarquables qui ont été publiés en France depuis la promulgation du Code Napoléon. Les œuvres de Pothier et les commentaires de MM. Troplong, Demolombe, Demante, etc., sur le Code civil français seront longtemps encore les meilleurs commentaires du Code civil du bas Canada; mais dans des ouvrages aussi considérables, quelle que soit d'ailleurs l'excellence de la méthode employée par l'auteur, les recherches sont quelquefois longues et difficiles. Le magistrat, l'avocat, l'homme d'affaires, ont souvent grand'peine à trouver le passage précis où est traitée la question qu'ils ont à résoudre ou à étudier. Il leur faut un livre qui, à côté du texte de la loi dont il importe de bien connaître le sens, indique brièvement les auteurs qui l'ont commentée. Une courte annotation, un simple renvoi, suffisent pour rendre les recherches aisées. On sait tous les services qu'ont rendus à tous ceux qui s'occupent de pratique judiciaire les Codes annotés de M. Rogron, de M. Rolland de Villargues, etc. M. de Bellefeuille a fait pour le Code civil du bas Canada le même travail que M. Rogron avait fait pour les Codes français. C'était une besogne difficile, délicate, que M. de Bellefeuille a su mener à bonne fin. En note et sous chaque article du nouveau Code, il

Digitized by Google

a donné la liste des auteurs dont les ouvrages pouvaient être consultés avec fruit. Il a mis à contribution les jurisconsultes anglais comme les jurisconsultes français ; les commentateurs de la coutume de Paris comme les commentateurs du *Merchant Shipping act;* Pothier et Story, Pardessus et Flanders, Demolombe, Troplong, Nouguier, etc. Il a poussé le scrupule jusqu'à renvoyer en maintes circonstances aux Pandectes et au Code de Justinien : il n'a omis ni oublié aucune autorité de quelque importance, aucun renseignement de quelque utilité.

Il nous était impossible, en parlant du Code du bas Canada, de ne point rendre un hommage bien mérité, d'ailleurs, à la publication de M. de Bellefeuille. Les annotations de l'éminent jurisconsulte sont certainement aujourd'hui le meilleur commentaire du nouveau Code canadien. G. DEBACQ.

LA LIBERTÉ DE LA PAROLE.

Étude de droit criminel par L. A. P. F. Buyn, docteur en droit. (Amsterdam, Johannes Malter, 1867.)

Compte rendu par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

La Hollande nous envoie, je devrais peut-être dire nous renvoie, écrite dans notre langue, sous le titre de *La liberté de la parole,* une étude de droit pénal dont les principales idées ne sont peut-être qu'une application spéciale ou une réminiscence d'une théorie qui est française d'origine. Dans cette étude, il ne s'agit de rien moins que d'assurer une immunité absolue à l'émission de toute pensée quelconque, c'est-à-dire de rayer de tous les codes les délits de la parole et de la presse. Le légiste néerlandais demande à la science du droit des motifs spéciaux pour accréditer cette théorie radicale.

Le principal argument, c'est que la société est dans l'impuissance de vérifier si l'expression d'une pensée a produit de l'effet sur l'auditeur ou le lecteur. Cette expression eût-elle été suivie d'un fait criminel, commis par l'auditeur ou le lecteur, y a-t-il un lien saisissable entre elle et ce fait ? Le con-

Digitized by Google

seil de violer la loi pénale, si c'est un conseil nu, un conseil isolé de tous dons, de toutes promesses, de toutes menaces ne constitue pas la complicité. Telle est au moins la règle générale. L'agent conserve la responsabilité exclusive d'une infraction sur l'accomplissement de laquelle il n'est pas établi que le conseiller ait eu une véritable influence ; comment donc attacher à la manifestation d'une opinion, qui n'a pas même le caractère d'un conseil direct, une responsabilité spéciale, quand l'effet qu'on lui suppose, et qu'on lui suppose peut-être gratuitement, ne tombe pas sous la répression ? Ainsi, le diffamateur expose sans doute le diffamé au mépris de celui qui entend ou lit la diffamation ; mais l'auditeur ou le lecteur ne *délinque* pas, parce qu'il arrive à mépriser le diffamé. — Comment (c'est bien entendu le raisonnement de M. Buyn), si le mépris n'est pas un délit, l'excitation au mépris peut-elle être délictueuse ?

M. Buyn prévoit une objection : la considération du diffamé est entamée. — Qu'importe, répond l'auteur, si la diffamation n'est pas une calomnie ? Est-ce que le diffamé a droit à la conservation d'une réputation qu'il usurpe ? Pourquoi la société empêcherait-elle de démasquer l'hypocrisie, et protégerait-elle la surprise de la conscience publique ?

M. Buyn applique sa théorie au crédit des commerçants ; il parle d'une société établie en Hollande, sous le nom de *Mutua confidentia*, et dans laquelle les sociétaires s'engagent entre eux à se faire connaître, dans un journal mensuel, que l'état de la législation les force à maintenir privé et secret, leurs mauvais débiteurs, afin de se prémunir mutuellement contre l'abus que les insolvables font du crédit. D'après l'auteur, des sociétés du même genre existeraient en Allemagne et en Angleterre.

Le crédit accordé par un négociant est un titre à la confiance d'autres négociants ; il encourage d'autres crédits. Pourquoi le commerçant qui s'est laissé tromper, et dont l'erreur peut entraîner d'autres erreurs, en contribuant ainsi à faire des dupes, n'aurait-il pas la faculté d'avertir le commerce ? N'a-t-il pas le devoir, lui qui a donné un exemple dangereux, d'en paralyser, autant qu'il est en son pouvoir, les conséquences ? Il est cependant retenu par des lois prohibitives.

M. Buyn va plus loin et sa logique ne connaît point d'arrêt. Si la diffamation est une calomnie, elle doit encore échapper

Digitized by Google

à la pénalité. Le mensonge ne sera peut-être préjudiciable qu'au menteur qui encourra la réprobation des honnêtes gens. Dans tous les cas, le mensonge n'a que des suites éphémères. Le calomnié aura la ressource des démentis et des justifications, et la vérité se fera jour. M. Buyn ne nous dit pas s'il admet les réparations pécuniaires pour le préjudice causé par le triomphe momentané de la calomnie.

J'affirmerais qu'il les refuse, sous le prétexte qu'aucun lien saisissable ne rattache le dommage à l'imputation calomnieuse — le fonctionnaire, injustement accusé, a été révoqué; la révocation, répondrait M. Buyn, n'est pas la conséquence nécessaire de l'injuste accusation — *post hoc, non propter hoc.*

Une théorie qui aboutit à cette extrémité est bien près d'être jugée.

Il n'appartient pas, nous dit-on, au législateur de régler la pensée, qui est dans le domaine de la *libertas interna* et non dans le domaine de la *libertas externa* — soit; mais il appartient au législateur d'interdire, sous une sanction pénale, un acte immoral, qui blesse la sécurité d'autrui et est un trouble au bon ordre social. Or l'articulation mensongère, qui se produit publiquement contre la réputation d'un tiers, est pour celui-ci, sinon toujours une altération de situation, du moins une cause d'alarme. Si la société ne protégeait pas contre l'offense, l'offensé s'en vengerait; donc la société a intérêt à prévenir la calomnie qui est une violation de la loi morale; dès lors elle a qualité pour la punir. J'adhère entièrement à cette formule d'un ancien criminaliste : *qui male dicit, male facit.* Si la pensée appartient à la *liberté interne,* sa manifestation appartient à la *liberté externe.*

Mes objections au système de l'auteur, quant à l'immunité de la calomnie, je puis les étendre à l'immunité de l'injure publique — l'injure n'est pas une lumière, elle est une *voie de fait morale.*

La thèse, en tant qu'elle affirme que la vérité a des droits inviolables qui ne doivent pas s'effacer devant des convenances particulières, devant des intérêts de mauvais aloi, est beaucoup plus délicate... N'est-ce pas un *droit* pour chacun, même un *devoir* de rechercher et de propager le vrai ? Ce qui est certain pour les *choses* devient-il incertain pour les *personnes?* Faire connaître le mal, c'est aider à le prévenir, c'est le réfréner;

Digitized by Google

c'est aussi rendre un service à la moralité publique. Sans doute si, dans cette inquisition, on se trompe, on est *civilement responsable* de ses erreurs; si on se propose de tromper, on subit une *responsabilité pénale*.

J'ai déjà rencontré, sous une autre plume, la plume d'un publiciste espagnol, cette partie de la doctrine de M. Buyn, et j'ai essayé de la réfuter (Voir *Liberté civile*, pages 49 à 55).

La partie de la loi morale que la société ne s'approprie pas comme loi positive, qu'elle n'impose point sous des sanctions pénales (et elle n'a le droit d'imposer que ce qui est nécessaire à sa conservation et au libre jeu de la liberté de chacun et de tous) cesserait d'être confiée au libre arbitre individuel, serait armée de véritables moyens de contrainte, si les infractions qui y sont commises *devaient* ou *pouvaient* seulement être divulguées... Chacun ne serait plus le souverain de soi-même, en ce qui ne concerne que lui; il perdrait toute indépendance, si, pour ceux de ses actes que la société ne réprime pas, il pouvait être épié, dénoncé et incessamment traduit par un faux zèle, par la passion, par l'envie, devant le tribunal de l'opinion publique... Notre existence privée serait envahie par tous les genres d'indiscrétion... Notre foyer serait ouvert à tous... nous ne nous appartiendrions plus, si nous étions soumis, même pour ce qui est indifférent au droit d'autrui, dans ce que notre vie a de plus intime, aux investigations et aux révélations de cette police privée... La liberté d'autrui ainsi entendue serait l'oppression de la nôtre. La société ne serait plus une garantie de concorde et de paix, elle introduirait dans les familles, et au sein de toutes les relations, la défiance, les dissensions et la lutte.

Si M. Buyn se fût borné à soutenir que la révélation publique de tout fait qui tombe sous la répression pénale et dont la poursuite n'est subordonnée à aucune condition restrictive dans l'intérêt privé, doit être affranchie de toute peine, quand la preuve est fournie par le divulgateur, son opinion, réduite à ces termes, aurait eu chance d'obtenir beaucoup d'adhérents.

On comprendrait aussi que l'immunité fût accordée à la révélation de faits, même non délictueux, mais répréhensibles des fonctionnaires publics, en tant que ces faits seraient relatifs à leurs fonctions. La société a intérêt à savoir comment les fonctionnaires remplissent le mandat dont elle les a investis;

Digitized by Google

elle n'a pas un suffisant intérêt à connaître les défaillances de leur vie privée, pour en encourager la surveillance et la dénonciation.

Quant à la publicité que l'auteur appelle sur le degré de solvabilité du commerçant et qu'il veut substituer au secret qui couvre la vérité des situations, elle aurait plus d'inconvénients que d'avantages; elle serait en désaccord avec les principes qui assurent la vraie liberté. — Les relations commerciales sont des relations privées. Chaque négociant agit pour son propre compte et à ses risques; sa prudence lui profite et ses imprudences lui nuisent; mais il n'a pas *charge* de la fortune d'autrui, et aucun n'a le droit, sous le prétexte de garantir des intérêts dont il n'est pas le gardien, de paralyser des spéculations, c'est-à-dire des libertés qui ne menacent pas sa propre liberté.

M. Buyn revendique avec beaucoup d'énergie le droit de libre discussion sur les matières politiques et sociales. Il constate que la société a successivement renoncé à sauvegarder, par ses sanctions, des dogmes scientifiques, des dogmes philosophiques, des dogmes religieux... Pourquoi ne renoncerait-elle pas à sanctionner des dogmes sociaux et politiques? L'hérésie, en aucune matière, ne doit constituer un *délit*, parce qu'il n'y a pas, *socialement parlant*, d'autorité infaillible qui puisse déclarer irrévocablement qu'un *credo* est l'expression de la vérité.

J'incline à penser que le vœu de l'auteur n'est pas, au moins dans beaucoup de pays, à la veille d'être exaucé...

Les questions de science, de philosophie, même de religion, intéressent moins les gouvernements que la question de leur propre existence. Ils ont besoin que la société ait foi en eux, et cette foi il leur importe de ne pas la laisser ébranler. — Toutefois je reconnais que le temps, qui doit de plus en plus fortifier la souveraineté non officielle mais salutaire de l'opinion, élargira le droit d'examen et de contrôle. Mais ici encore l'immunité n'appartiendra qu'à la discussion loyale et sérieuse; elle ne pourra jamais s'appliquer aux attaques violentes, aux accusations calomnieuses, aux outrages, à l'insulte, à tout ce qui n'a pour objet et pour effet que de passionner sans éclairer...

M. Buyn ne paraît pas espérer un prochain succès pour

Digitized by Google

l'opinion qu'il exprime et qu'il développe avec toutes les ressources d'un esprit très-cultivé et très-fécond, dans une argumentation spécieuse. Il ne fait appel pour son projet de réforme qu'à un lointain avenir. Il le soumet au jugement des penseurs, qu'il tient pour une spécialité rare en tout pays; il s'encourage à la patience, s'aguerrit contre la lassitude de l'attente, en évoquant le souvenir de beaucoup de *paradoxes* et d'*utopies*, qui, après avoir révolté les anciennes orthodoxies, sont lentement devenues des vérités qu'on ne controverse plus.

Au reste l'auteur n'est pas lui-même sans défiance contre ses conceptions de théoricien. Je lis en effet dans sa préface : « Dans le vaste champ de la pensée, l'homme est semblable à l'esclave dans les mines de Golconde; dès que celui-ci trouve une pierre qui fasse seulement présumer que ce puisse être un diamant, il est tenu de crier à haute voix sa trouvaille, laissant à d'autres le soin de vérifier la chose. »

Je suis sur ce point de l'avis de M. Buyn. L'erreur fournit l'occasion et quelquefois impose la nécessité de la combattre, et c'est souvent dans le travail de réfutation que les principes se dégagent, se produisent dans leur juste mesure et sous leur vrai jour.

A. BERTAULD.

Digitized by Google

CODE D'INSTRUCTION ADMINISTRATIVE,

Ou *LOIS DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE*, suivi d'un *Formulaire annoté* de tous les actes d'instruction administrative, par M. CHAUVEAU-ADOLPHE, doyen de la Faculté de droit de Toulouse. — 3e édition, 2 vol. in-8°. Paris, Cosse, Marchal et Cie.

Compte rendu
par M. Gustave BRESSOLLES, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Les livres de M. Chauveau n'ont pas besoin d'être prônés; la notoriété scientifique de notre savant collègue et doyen, et la diffusion, entre toutes les mains, de ses principaux ouvrages, tous honorés de plusieurs éditions, suffisent pour les recommander. Aussi pourrait-on se borner à dire que la *troisième édition du Code d'instruction administrative* vient de paraître depuis quelques mois, pour engager les jurisconsultes, les administrateurs et même les simples citoyens, qui ont des rapports d'intérêt avec l'administration, à recourir à ce répertoire de tout ce qui peut leur être utile à connaître pour l'instruction des affaires administratives.

Toutefois, nous sentons qu'on doit, par respect pour une œuvre qui atteste tant de travail, ne pas s'en tenir à une simple *annonce*, et comme, par respect aussi pour nous-même, il s'agit de ne pas faire ce que le vocabulaire industriel appelle une *réclame*, nous entrerons dans quelques détails, destinés à justifier et à accroître le succès qu'a déjà obtenu cet estimable ouvrage.

Le savant auteur a voulu, par modestie, diminuer la valeur scientifique de son livre en disant : « Mon Code n'a qu'une utilité pratique [1]; » mais comme, en s'exprimant ainsi, il énonçait une grande vérité, c'était le plus grand éloge qu'il pût faire de son œuvre; car, en vérité, que peut désirer de plus un auteur que d'être utile à ses lecteurs? M. Chauveau, en parlant de la sorte, voulait sans doute opposer le caractère *tout pratique*, selon lui, de son *Code* aux ouvrages de *théorie* et de *controverses*, et comme, dans la hiérarchie littéraire de

[1] T. II, p. 329, note.

Digitized by Google

notre science, il est reçu, et à bon droit, de donner le pas aux ouvrages de théorie, qui exigent de plus grands efforts de raisonnement, tandis que le *positif* de la pratique gît en une connaissance de textes et en une affaire de mémoire, notre auteur a consenti à ne placer ce livre que sur le second plan des travaux juridiques; mais sous ce rapport, il ne se rend pas complète justice; car s'il est vrai que tout ce que la pratique des affaires administratives peut demander se trouve dans le *Code* de M. Chauveau, on y rencontre en plusieurs endroits, sinon des dissertations complètes sur tels ou tels points controversés, au moins le résumé substantiel de ces controverses, si bien que l'*utilité* de ce livre n'est pas seulement *pratique*, mais aussi *doctrinale* et *scientifique* dans une certaine mesure.

Le plan de l'ouvrage est à peu près calqué sur celui du Code de procédure civile; les matières y sont classées sous la rubrique de cinq livres qui traitent successivement de l'*instruction ordinaire*, — de celle qui est suivie devant les *juridictions exceptionnelles*, des *voies de recours extraordinaires* pour attaquer les décisions administratives contentieuses, — des *moyens et voies d'exécution* des décisions et actes administratifs, et, enfin, de diverses *instructions spéciales*, telles que les *autorisations de plaider*, les *autorisations de poursuivre les agents du gouvernement*, etc., etc. Le second volume est accompagné d'un excellent *formulaire*, rédigé par M. Godoffre, avocat et chef de division à la préfecture de la Haute-Garonne, et l'ouvrage est accompagé de deux tables, l'une analytique qui précède le texte, et l'autre alphabétique qui le suit et qui facilite les recherches dans les deux tomes.

Ces détails sur l'aspect *extérieur* du livre de M. Chauveau peuvent donner une idée de la classification des matières; nous avons peu de critiques à lui adresser sur ce point; mais nous ne nous expliquons pas trop pourquoi l'honorable auteur, qui a eu l'heureuse idée d'assimiler à l'*essai de conciliation* la production du *mémoire*, exigé préalablement à diverses instances administratives et à en exposer les règles avant d'entrer dans le détail de la procédure, n'a pas placé au même lieu les *autorisations de plaider*, dont il reconnaît lui-même la connexité avec l'essai préalable de conciliation [1].

Si nous jetons un coup d'œil sur l'exécution générale de ce

[1] T. I, p. 13.

Digitized by Google

plan, il est difficile de ne pas rendre toute justice à l'auteur, et, si nous faisons tout à l'heure quelques réserves, ce ne sera que pour l'acquit de notre conscience de critique et de notre amitié pour notre honorable doyen.

La qualité principale de ce livre, c'est d'être complet, et, si j'osais le dire, plus que complet sur toutes les matières qu'il traite; car je ne pense pas qu'il se soit présenté, en procédure administrative, la moindre question qui n'y soit indiquée et résolue, avec toutes les citations de lois, de décrets, d'auteurs et d'arrêts qui s'y réfèrent. D'après la nature même du droit administratif, si mobile, composé de tant de fragments de lois, en partie abrogées et où la mémoire est quelquefois impuissante à bien se souvenir de l'état actuel de la législation sur tel point donné, il est certain qu'un livre qui ne contiendrait pas l'exacte citation des textes en vigueur serait défectueux, et nous louons M. Chauveau de s'être scrupuleusement conformé à cette exigence; nous en dirons autant des arrêts et décisions et même des opinions doctrinales sur les questions usuelles. Mais nous craignons que notre autenr n'ait dépassé le but par excès de qualité; car, s'il peut arriver qu'une fois sur cent, un citoyen ou un administrateur ait à résoudre telle question, très-accessoire en elle-même, quoique importante pour celui qu'elle concerne, la généralité des lecteurs se trouvera un peu fatiguée au milieu d'un grand nombre d'espèces, de citations secondaires et de cette multiplicité de *numéros* pour l'application de la même règle. Ainsi, il y a tel *numéro*, le n° 136 du tome Ier par exemple, qui va jusqu'au *vicies bis;* il a même de ces subdivisions de *numéros* qui appartiennent à des chapitres différents, tel est le n° 243 : or, nous pensons que le livre *gagnerait* en *perdant* quelques-uns de ces *numéros*, ou du moins en établissant une série qui ne fût pas si souvent arrêtée dans sa marche par ces *bis, ter, quater*, etc. On le voit, c'est par trop de conscience que notre auteur serait ici en défaut, du moins selon nous.

Nous ne pouvons, on le comprend, suivre tous les détails du *Code d'instruction administrative* qui se déroulent, comme nous l'avons déjà dit, surtout dans les livres Ier, IIIe et IVe, presque parallèlement aux divers titres du Code de procédure civile; mais nous en signalerons quelques-uns qui ont plus particulièrement fixé notre attention.

Digitized by Google

Le titre 2, intitulé *des Actions*, et dont l'équivalent ne figure pas dans le Code de procédure, est traité avec le plus grand soin, et nous y avons lu avec plaisir que M. Chauveau est d'avis qu'en matière d'*actions communales* le préfet ne peut prétendre représenter la commune et la forcer à défendre, malgré elle, à une demande formée contre elle [1]. Cette opinion a été sanctionnée par la Cour de cassation, chambres réunies, le 3 avril dernier, et nous n'avons jamais bien compris que cette question ait pu soulever la controverse que cet arrêt aura sans doute terminée.

Nous citerons aussi avec un complet éloge le titre 4, *des Significations administratives*, et nous adhérons à l'opinion d'après laquelle la simple insertion au *Bulletin des lois* d'un décret d'intérêt privé ne vaut pas notification obligatoire pour les parties.

Le titre 15, *des Conflits*, est un guide sûr et complet en cette importante matière, et nous avons fort goûté le *tableau* résumant les opinions de l'auteur [2] sur les périodes de l'instance auxquelles un conflit peut ou doit être élevé et les positions dans lesquelles un déclinatoire doit être présenté ou renouvelé.

Le livre II, consacré aux *juridictions exceptionnelles*, contient des notions utiles qui ne se trouvent nulle part ainsi réunies et groupées; l'auteur nous paraît avoir très à propos rétracté une opinion qu'il avait précédemment émise au sujet de la juridiction disciplinaire des Facultés de droit et de médecine, que nous n'avions jamais cru avoir été supprimée par la loi de 1854; seulement, après avoir énoncé les Facultés parmi les juridictions exceptionnelles [3], M. Chauveau les omet dans les détails qu'il donne ensuite sur chacune d'elles, et ce n'est que plus tard qu'il y revient [4] : il y a, croyons-nous, une petite rectification de place à faire sur ce point.

Nous signalerons, dans le tome II, les titres 3 et 4 du livre IV, relatifs au *référé* et aux *frais et dépens*, ainsi que, dans le livre V, le titre 2 concernant les *autorisations de plaider*, et le titre 5 relatif aux *autorisations de poursuivre les*

[1] T. I, p. 47.
[2] *Eod.*, p. 357.
[3] *Eod.*, p. 504.
[4] *Eod.*, p. 510, n° 112 *bis*.

Digitized by Google

agents du gouvernement. Sur les *autorisations de plaider*, M. Chauveau a examiné avec soin [1] et exactement déterminé, selon nous, quelle est la mission du pouvoir judiciaire lorsqu'il s'élève devant lui des difficultés relatives au sens, à la régularité et à la portée d'une autorisation de plaider accordée à une personne morale. Nous en dirons autant de la question de savoir si l'autorisation est requise pour tout établissement public, quoique la loi ne lui ait pas spécialement imposé cette obligation [2] : le savant auteur veut bien citer l'opinion, contraire à la sienne, que nous avions énoncée dans un *mémoire* lu à l'*Académie de législation;* mais il ne nous répugne nullement de reconnaître la gravité des raisons données par M. Chauveau, et, finalement, de nous ranger, dans le doute, parmi ceux qui exigent, pour imposer aux personnes morales cette gêne dans la défense de leurs droits, que le législateur les y ait formellement soumises. Quant aux *autorisations de poursuivre les agents du gouvernement*, M. Chauveau ne s'est pas borné à élucider, autant que possible, l'application de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, et, à cet égard, nous adhérons à la plupart de ses solutions; mais il a cru devoir donner son approbation *théorique* à cette règle qui a survécu, à travers tous nos régimes successifs, à la Constitution qui l'avait posée; or nous ne sommes pas ici complétement de son avis : tout en ne voulant pas complétement laisser sans défense les agents de l'administration, et en désirant qu'on organise un système de jugement des crimes et délits relatifs aux fonctions, qui offre toute garantie contre l'usurpation du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif, nous verrions avec plaisir l'abrogation de l'article 75. M. Chauveau cite l'opinion de M. Serrigny, que nous n'avons pas pu vérifier, et d'après laquelle cet article 75 aurait pour *but* et pour *résultat* d'entraver la probité, la moralité et la justice ; puis M. Chauveau se borne à ajouter : « C'est être bien sévère... [3] » Nous sommes de son avis, en ce que tel n'a pas été certainement le *but* de la Constitution de l'an VIII; mais on ne peut nier qu'*en fait* cette *garantie des fonctionnaires* n'ait servi de couvert à bien des

[1] T. II, p. 259.
[2] T. II, p. 268.
[3] *Eod.*, p. 300.

Digitized by Google

abus, pas plus qu'on ne peut contester que la perspective assurée de rendre compte, en justice, des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions serait pour les divers agents du gouvernement une cause permanente de se conformer scrupuleusement aux lois et règles du droit administratif. Les fonctionnaires gagneraient en dignité à mesure de leur responsabilité et les citoyens pourraient au besoin leur rappeler qu'*il y a des juges à Berlin.*

Nous terminerons en félicitant M. Godoffre du soin qu'il a mis à rédiger son *Formulaire* annoté, et en souhaitant à cette troisième édition du *Code d'instruction administrative* un succès pareil à celui des deux éditions précédentes.

GUSTAVE BRESSOLLES.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL DE JURISPRUDENCE,

Par M. Paul COLLET,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

QUESTIONS SUR L'APPLICATION DE LA RÈGLE DU NON-CUMUL DES PEINES.

I. Notre droit criminel consacre le principe de la non-cumulation des peines. La règle contraire avait prévalu dans le droit romain et dans notre ancien droit français.—Un accusé, convaincu de plusieurs crimes, subissait autant de peines qu'il avait commis de crimes. *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas detur : neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam*, dit Ulpien dans la loi 2, Dig., *De privatis delictis*, et pour préciser sa pensée, il propose comme exemple l'espèce suivante : *Qui igitur hominem subripuit et occidit : quia subripuit furti : quia occidit, Aquilia tenetur; neque altera harum actionum alteram consumit.* Notre ancien droit s'était montré aussi rigoureux : « Lorsqu'un accusé, « dit Jousse, *Just. crim.* (tome II, p. 643), est convaincu de « plusieurs crimes dont chacun doit être puni d'une peine « particulière, il doit être puni d'autant de peines qu'il y a de « délits différents. » La jurisprudence avait admis, il est vrai, certaines exceptions, par exemple quand il s'agissait d'un fait unique ayant produit des délits de même nature ou bien encore quand les deux peines encourues étaient incompatibles, telles que le blâme et l'admonition. Voir Jousse, *loco citato*, Mangin, *Act. pub.*, t. II, n° 455. Mais il est évident que de semblables exceptions ne faisaient que confirmer la règle.

Le principe du non-cumul fut introduit dans le décret de l'Assemblée nationale en date des 16-29 septembre sur la justice criminelle. Nous aurons à rechercher sous l'influence de quelles idées cette règle prit définitivement place dans notre législation criminelle; quant à présent, nous nous bornerons à citer les textes. Ce décret, prévoyant le cas où le débat révélerait un fait nouveau à la charge de l'accusé (art. 38 et 39 du titre 7), disposait, art. 40 : « Si l'accusé est déclaré con- « vaincu du fait porté dans l'acte d'accusation, *il pourra encore* « *être poursuivi* pour raison du nouveau fait; mais s'il est dé-

Digitized by Google

« claré convaincu du second délit, *il n'en subira la peine « qu'autant qu'elle serait plus forte* que celle du premier, au- « quel cas il sera sursis à l'exécution du jugement. » Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV maintint cette interdiction du cumul dans son article 446, qui était ainsi conçu : « Lorsque, pendant les débats qui ont précédé le juge- « ment de condamnation, l'accusé a été inculpé, soit par des « pièces, soit par des dépositions de témoins, sur d'autres « faits que ceux portés dans l'acte d'accusation, le tribunal « criminel ordonne qu'il sera *poursuivi*, à raison de ces nou- « veaux faits, devant le directeur du jury du lieu où il tient ses « séances, *mais seulement* dans le cas où ces nouveaux faits « mériteraient une peine plus forte que les premiers. — Dans « ce cas, le tribunal surseoit à l'exécution de la première peine « jusqu'après le jugement sur les nouveaux faits. » C'est ce même principe enfin qu'ont voulu consacrer les articles 365 et 379 du Code d'instruction criminelle de 1810. — « Le projet « du Code d'instruction criminelle, disait l'orateur du gouver- « nement au Corps législatif, se décide formellement contre « la cumulation des peines, de sorte que si l'accusé est déclaré « coupable de plusieurs crimes ou délits, la Cour ne pourra « *prononcer* contre lui que la peine la plus forte..... » L'article 365 du Code d'instruction criminelle porte en effet : « En « cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la « plus forte sera *seule prononcée.* »—Et l'article 379 : « Lorsque, « pendant le cours des débats qui auront précédé l'arrêt de « condamnation, l'accusé aura été inculpé, soit par des pièces, « soit par des dépositions de témoins, sur d'autres crimes que « ceux dont il était accusé, *si* les crimes nouvellement mani- « festés *méritent une peine plus grave* que la première, ou si « l'accusé a des complices en état d'arrestation, la Cour or- « donnera qu'il soit poursuivi à raison de ces nouveaux faits, « suivant les formes prescrites par le présent Code. »

Si l'on ne s'arrêtait qu'au texte de ces articles, et si l'on s'attachait à la place qu'ils occupent dans le Code, on serait amené à restreindre à deux cas spéciaux l'application du principe qu'ils consacrent : 1° au cas où l'accusé est convaincu, *dans le même débat*, de plusieurs crimes ou délits; 2° au cas où les nouveaux crimes sont découverts dans un débat qui porte sur d'autres faits. — Mais, d'après la pensée

Digitized by Google

exprimée par l'orateur du gouvernement, le principe que le législateur a admis doit avoir une portée plus grande, et la jurisprudence n'a pas hésité à l'appliquer à tous les cas où un individu, précédemment condamné pour un crime ou pour un délit, est poursuivi de nouveau à raison de faits *antérieurs à sa condamnation* et qui n'ont pas fait l'objet du jugement prononcé contre lui. Toutefois il faut reconnaître que le laconisme du législateur a eu ici de fâcheuses conséquences, et l'on peut dire que chacun des mots de l'article 365 du Code d'instruction criminelle a soulevé plusieurs questions controversées.

II. Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans l'examen détaillé de toutes les difficultés auxquelles a donné lieu l'application des articles 365 et 379 du Code d'instruction criminelle; nous nous bornerons à signaler deux questions résolues par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 janvier 1867, rendu dans l'*intérêt de la loi*. Nous emprunterons l'exposé des faits à la lettre par laquelle le ministre de la justice chargeait le procureur général près la Cour de cassation de requérir, en vertu de l'article 441 du Code d'instruction criminelle, l'annulation d'un arrêt rendu le 5 décembre 1865 par la Cour impériale de la Martinique :

« Un sieur Imbert, ancien secrétaire de la mairie et mar-
« guillier au Prêcheur (Martinique), poursuivi devant la Cour
« d'assises de Saint-Pierre pour divers crimes et délits, fut
« déclaré coupable d'avoir commis des détournements de de-
« niers publics qui étaient entre ses mains en qualité de
« comptable, et de détournements simples commis au préjudice
« de la fabrique. — Les deniers publics détournés s'élevant à
« moins de 3,000 francs, il fut condamné à deux ans d'empri-
« sonnement et à 200 francs d'amende par application des ar-
« ticles 171 et 172 du Code pénal. — D'autres détournements
« simples ayant été relevés *au cours des débats*, le ministère
« public intenta une nouvelle poursuite à la suite de laquelle
« le tribunal correctionnel de Saint-Pierre condamna Imbert
« au maximum de la peine d'emprisonnement et à 200 francs
« d'amende (art. 406-408 du Code pénal), et déclara que ces
« deux peines se confondraient avec celles résultant de l'arrêt
« de la Cour d'assises; sur le double appel du ministère public
« et d'Imbert, la Cour de la Martinique, sans examiner la cul-

Digitized by Google

« pabilité, a décidé qu'il y avait lieu de déclarer l'*action pu-*
« *blique éteinte;* elle a en conséquence annulé les poursuites et
« déchargé Imbert des condamnations prononcées contre lui.
« La Cour a donné pour motifs de cette décision que les pour-
« suites intentées par le ministère public étaient contraires à
« la fois au texte et à l'esprit des articles 365 et 379 du Code
« d'instruction criminelle. » — Suivant elle, dans la pensée du législateur, « la peine prononcée contre un accusé reconnu
« coupable de crime constituerait une expiation suffisante pour
« tous les délits commis antérieurement; les faits nouveaux
« ne pourraient être *poursuivis* qu'autant qu'ils seraient de na-
« ture à motiver une pénalité plus grave que celle encourue
« pour les faits servant de base à l'accusation primitive. Enfin,
« il n'appartenait pas au ministère public de requérir des
« poursuites que la Cour n'avait pas non plus le droit d'or-
« donner, d'après les termes exprès de l'article 379. »

Le système de la Cour de la Martinique peut se résumer ainsi : d'après l'article 379 du Code d'instruction criminelle, le prévenu ne peut être poursuivi que si le nouveau fait est de nature à entraîner *une peine plus forte* que celle qui a été prononcée contre lui. — Or Imbert, condamné à deux ans de prison et à 200 francs d'amende ne pouvait encourir une *peine plus forte* à raison du nouveau fait qui ne le rendait passible *au maximum* que de deux ans de prison et d'une amende inférieure au quart des restitutions. — Il ne pouvait donc être poursuivi.

Ce système soulevait deux questions intéressantes.

1° Comment doivent être interprétés ces mots des articles 365 et 379 : *la peine la plus forte*, quand les peines à comparer sont *de même nature*.

2° L'accusé qui ne peut, à raison du nouveau fait, encourir une peine plus forte que celle déjà encourue, peut-il être *poursuivi?*

III. Nous ne dirons que peu de mots de la première question sur laquelle la jurisprudence paraît aujourd'hui définitivement fixée. Les règles d'après lesquelles doit être établie la comparaison des peines entre elles, pour reconnaître quelle est la plus forte, ont été fixées par de nombreux arrêts. Il n'y a pas de doute possible lorsque les deux peines à comparer sont de nature différente, car alors c'est aux gradations des peines éta-

Digitized by Google

blies par les art. 7, 8 et 9 du Code pénal qu'il faut se reporter. — La *nature* des deux peines doit seule être consultée, et il n'y a pas à tenir compte de leur *durée*, de telle sorte que la peine de cinq ans de réclusion, par exemple, doit être considérée comme *plus forte* que celle de dix ans de prison; et cela parce que la première est rangée « parmi les peines afflictives et in- « famantes, tandis que la peine d'emprisonnement est une peine « simplement correctionnelle. » (Ch. crim., 18 janvier 1850, D. P., 50, 1, 349.) — Cet arrêt casse, pour violation de l'article 365, l'arrêt d'une Cour d'assises qui, en condamnant le prévenu à cinq ans de réclusion, avait ordonné que cette peine se confondrait dans celle de dix ans d'emprisonnement antérieurement prononcée.

Mais le doute peut s'élever quand il s'agit de peines de *même nature*. — Un individu est condamné pour vol qualifié à huit ans de réclusion; il est poursuivi de nouveau pour un autre vol qualifié, antérieur à la première condamnation; il est condamné à douze ans de réclusion. — Comment appliquer ici la règle de l'article 365 du Code d'instruction criminelle? MM. Chauveau et Hélie (*Théorie du Code pénal*, t. I, p. 268) veulent faire dominer le principe du non-cumul. « Qu'importe, « disent-ils, que les deux peines encourues soient celles des « travaux forcés et de la réclusion ou deux applications suc- « cessives de l'une de ces peines seulement? Dans l'un et « l'autre cas, n'y a-t-il pas deux peines distinctes? Et le vœu « de la loi n'est-il pas de n'exécuter qu'une seule? S'il y a « cumul quand on réunit la réclusion aux travaux forcés, com- « ment ce cumul s'effacerait-il quand on réunit les travaux « forcés aux travaux forcés? » Si nous appliquons ce système à l'exemple que nous avons indiqué, le condamné ne devrait encourir que la peine de douze ans de travaux forcés.

Mais cette opinion, combattue par Mangin, n° 460; Legraverend, t. II, p. 266; Rauter, n° 187; Bourguignon sur l'article 365, n° 4; Le Seyllier, n° 238, a été formellement repoussée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle autorise le cumul des deux peines de même nature, qui ne diffèrent que relativement à leur durée, pourvu que par leur réunion elles n'excèdent pas en durée le maximum de la peine la plus forte de celles que la loi a édictées pour les diverses infractions poursuivies. Ainsi, pour reprendre notre exemple, le condamné

Digitized by Google

subira successivement les deux peines de huit ans et de douze ans de travaux forcés prononcées contre lui, parce que ces deux peines réunies n'excèdent pas le maximum de vingt années, porté en l'article 19 du Code pénal pour la peine des travaux forcés à temps applicable aux vols spécifiés par les articles 382, 384 et 385 du Code pénal. — Chambre criminelle, 27 février 1824, *Le Bourhis;* voir Dalloz, *Rép.*, v° *Peine*, n° 138. — Cette jurisprudence, qui remonte à près de cinquante années, est aujourd'hui évidemment inattaquable. Elle est confirmée par l'arrêt de la chambre criminelle que nous examinons. Imbert avait été condamné à deux ans de prison. Le nouveau fait poursuivi ne pouvait entraîner contre lui que le même chiffre de deux ans de prison au maximum. — Le cumul est autorisé par la cour, parce que par leur durée les deux peines réunies n'excèdent pas le maximum de la peine la plus forte, c'est-à-dire celle de cinq ans d'emprisonnement qui aurait pu être prononcée la première fois en vertu de l'article 171 du Code pénal.

IV. La seconde question a été vivement controversée entre les auteurs et a reçu de la Cour de cassation à diverses époques des solutions contraires. L'arrêt actuel est-il destiné à trancher définitivement le débat; la solution qu'il consacre est-elle de nature à ramener tous les dissidents? C'est ce que nous allons examiner. Et tout d'abord voici comment cette question était posée à la Cour par la lettre du ministre de la justice : « En « admettant même que *la pénalité eût été épuisée* par suite de la « condamnation en Cour d'assises, et que le tribunal correc- « tionnel, en procédant à un nouveau débat, eût été légale- « ment dans la nécessité, après avoir déterminé la répression, « d'ordonner ensuite la confusion pour obéir aux prescriptions « de l'article 365, serait-il vrai d'en conclure que l'action pu- « blique n'a plus d'objet, et que par conséquent son exercice « est illégal? » Ainsi, l'on suppose que le prévenu Imbert avait été condamné au maximum de la peine pour détournements de fonds publics. — Le détournement simple ne pouvait entraîner qu'une *peine moins forte.* — Pouvait-il être poursuivi pour ce nouveau fait?

Avant de discuter la solution affirmative consacrée par la chambre criminelle, nous croyons qu'il faut tout d'abord examiner quel était antérieurement l'état de la question dans la

Digitized by Google

doctrine et dans la jurisprudence. C'est M. Mangin qui le premier a repoussé la possibilité d'une poursuite contre un accusé condamné déjà à *la peine la plus forte*. D'après lui l'action publique n'a plus d'objet et ne peut plus être exercée, du moment où l'auteur d'un fait défendu par la loi cesse d'être punissable. Il demande : « Si l'on peut concilier l'existence « d'une action avec la défense d'accorder jamais ce que cette « action a pour objet d'obtenir, si l'on peut concevoir l'obli- « gation de livrer un individu à des débats judiciaires, avec « l'interdiction absolue de lui infliger des peines à raison du « fait qui y donne lieu (*Act. pub.*, t. II, n° 458). « C'est en se fondant sur le même principe que MM. Morin (*Rép. de droit crim.*, v° *Cumul de peines*, n°s 20 et 21), Ortolan (*Elém. de droit pén.*, p. 767 *ad notam*), Duverger (*Manuel du juge d'inst.*, t. I, n° 69), Thierriet (*Revue de législation*, t. XIII, p. 483) ont également proscrit en pareil cas l'exercice de l'action publique. Ils invoquent en outre le texte même de l'article 379, qui n'autorise *la poursuite*, au cas de découverte d'un nouveau fait punissable, dans le cours des débats, que si ce nouveau fait peut entraîner contre l'inculpé une peine plus forte que celle déjà prononcée.

Enfin, à ces arguments tirés des principes et du texte de la loi, ils ajoutent diverses considérations. « Quant à l'intérêt de « la société, dit M. Morin, *loco citato*, il est sans doute sacré et « nous concevons qu'il peut y avoir parfois utilité à ce que « l'accusation soit poursuivie afin que le vrai coupable soit dé- « couvert. Mais il y a de ces épreuves qui sont plus funestes « qu'utiles. Quel fruit la justice sociale retirerait-elle d'un si- « mulacre de poursuite dans lequel la loi pénale ne pourrait « intervenir et prononcer, qui ne pourrait aboutir à aucune « condamnation, dont le résultat serait une absolution forcée « en cas de culpabilité reconnue? » Et M. Thierriet, *loco citato* : « La justice n'agit pas sans avoir un but raisonnable et un « résultat possible, et elle se déconsidérerait elle même si elle « traînait des inculpés devant elle en disant : nous allons em- « ployer notre temps à vous poursuivre, sachant bien que « nous serons obligés de vous renvoyer sans peine ; n'y a-t-il « pas plus d'intérêt à laisser un délit dans le doute qu'à l'ex- « hiber sans pouvoir le punir? »

V. L'opinion contraire s'appuie également sur de graves au-

Digitized by Google

torités. M. Faustin Hélie, dans son *Traité de l'instruction criminelle* (t. III, p. 756 et suiv.), a employé un chapitre spécial à l'examen et à la critique de l'opinion de Mangin. — D'après lui, la règle qu'il ne peut y avoir qu'une seule peine n'implique pas nécessairement qu'il ne doit y avoir qu'une seule condamnation. « Est-ce que, dit-il, le fait cesse d'être punissable, « est-ce qu'il cesse même d'être passible d'une peine, par cela « seul qu'au cas de condamnation la peine prononcée se con- « fondra dans son exécution avec une autre peine? N'est-il pas « évident qu'ici encore on confond l'application de la peine « et son exécution? Tout fait qualifié crime, délit ou contra- « vention par la loi ne donne-t-il pas ouverture à l'action pu- « blique? Et cette action est-elle donc subordonnée quelque « part à la condition que la peine, que ce fait peut motiver, sera « distinctement exécutée? Elle ne tend pas seulement à l'ap- « plication matérielle de la peine, elle a encore pour but, « quand des délits ont été commis, de faire reconnaître et « constater la culpabilité ou l'innocence de leurs auteurs pré- « sumés. S'ils sont réellement coupables, il importe à la so- « ciété qu'ils soient flétris par une condamnation, il lui importe « que la loi morale reçoive ainsi une consécration exemplaire « et l'on aurait tort de penser que cet effet moral disparaisse « en quelque sorte devant la condamnation plus grave anté- « rieurement prononcée. » Cette opinion est professée par MM. Bertauld, *Cours de dr. pén.*, p. 290, Trébutien, *Cours élém. de dr. crim.*, t. II, p. 144. M. Morin lui-même paraît s'y être rallié dans un article de son *Journal de droit criminel*, n° 7984; mais il est permis de penser que sa conviction première est restée intacte et qu'il n'a consenti à faire brèche aux principes rigoureux qu'il avait soutenus qu'afin de ne pas propager dans son recueil, destiné surtout à l'enseignement pratique du droit criminel, une opinion qu'il croyait condamnée déjà par la jurisprudence.

Nous devons, pour compléter cet exposé, indiquer brièvement un certain nombre de considérations invoquées encore à l'appui de cette dernière opinion. 1° Il y a, dit-on, utilité à poursuivre et à déclarer la culpabilité afin de pouvoir appliquer au prévenu certaines incapacités attachées au délit nouveau et que la première condamnation ne pouvait entraîner. On donne pour exemple un individu condamné pour coups et

Digitized by Google

blessures. Il n'est pas atteint par l'article 26 de la loi du 15 mars 1850, qui ne prononce l'interdiction de tenir une école publique que contre ceux qui ont subi une condamnation pour un délit contraire *à la probité et aux mœurs.* Il y a donc intérêt à le poursuivre par exemple pour des faits d'outrage public à la pudeur, quand même ces faits ne pourraient amener l'application d'aucune peine. — Le même intérêt peut être invoqué à raison des incapacités électorales prononcées par le décret du 2 février 1852. 2° Il y a encore intérêt au point de vue de la récidive spéciale. En matière de délit de chasse, notamment, la récidive ne résulte que d'une infraction commise dans les douze mois qui suivent une première condamnation pour délit de chasse (art. 15, loi du 3 mai 1844). Or si cette première condamnation ne peut être prononcée, parce qu'antérieurement le prévenu aurait été condamné pour vol, par exemple, à une peine plus forte, on anéantit, en cas de nouveau délit de chasse, l'élément nécessaire de la récidive. 3° Le système de Mangin supprimerait encore dans certains cas toute pénalité contre l'inculpé qui serait affranchi, par suite d'une amnistie, de la peine qui aurait empêché la seconde poursuite.

Les partisans de ce système arrivent ainsi à légitimer, non-seulement la poursuite, mais même la condamnation à une peine, sauf la confusion qui devra s'opérer lors de l'exécution. Voir sur ce dernier point une note très-complète de Dalloz, Recueil de 1867, I, 185.

VI. Si nous consultons la jurisprudence de la Cour de cassation, nous trouvons qu'avant l'arrêt actuel elle n'avait présenté sur cette question que des décisions contradictoires. Nous voyons en effet quelques arrêts qui adoptent de la façon la plus complète l'opinion soutenue par Mangin, puis, à côté de ces décisions se placent un certain nombre d'arrêts qui préjugent la même question en sens contraire. Prenons d'abord les décisions conformes au système de Mangin. Un des premiers arrêts que nous rencontrons présente ceci de remarquable que la Cour de cassation a été appelée à se prononcer dans une des hypothèses que signalent les partisans du système contraire. Un individu avait été condamné à la peine des travaux forcés à temps et à la flétrissure pour crime de faux en écriture de commerce. Il est poursuivi et condamné à la reclusion pour

Digitized by Google

un crime de faux en écriture privée. La cour casse cet arrêt parce que la première condamnation à la peine *la plus forte avait satisfait la vindicte publique pour le crime* qui avait donné lieu à l'arrêt attaqué, et parce que l'accusé n'était dans aucun des cas de l'article 379. Et cependant la première peine ayant été commuée par le roi, et le coupable ne pouvant plus être poursuivi pour le second fait, toute pénalité se trouvait supprimée; mais la Cour déclare : « que si le demandeur a obtenu de « la clémence royale la remise ou la commutation de la peine « qu'il avait encourue par la première condamnation, cet acte « de la puissance et de la bonté du monarque n'a pour effet que « de dispenser de la peine encourue, *et non celui d'effacer et de « détruire la première condamnation.* » Ch. crim., 15 octobre 1825, *Leroy.* — Le second arrêt que nous trouvons est encore plus explicite : c'est un arrêt de la chambre criminelle du 14 juillet 1832, *Journal de droit criminel,* n° 921. Un sieur Gildas avait été condamné aux travaux forcés à perpétuité pour vol commis la nuit, en réunion, avec violence, et sur un chemin public. Après cette condamnation, Gildas est de nouveau poursuivi pour un crime antérieur, qui ne pouvait entraîner qu'une peine moindre. Il est renvoyé devant la Cour d'assises par un arrêt de la chambre de mise en accusation. Mais cet arrêt est cassé par la Cour : « Parce que « d'après l'article 365 du Code d'inst. crim., *il expiait* par la « peine déjà prononcée tous les crimes et délits qu'il aurait pu « commettre antérieurement, qui auraient entraîné une peine « égale ou moindre que celle contre lui prononcée. » Voir encore Ch. crim., 12 avril 1833, Guignard, *Journal de dr. crim.*, n° 1130. On peut dire que c'est aussi parce qu'elle considère la poursuite comme illégale que la Cour prononce une cassation partielle *sans renvoi* toutes les fois qu'une décision a violé le principe du non-cumul, en condamnant un individu déjà condamné à une peine plus forte. Sur ce point la pratique de la Cour est constante. Voir notamment, 5 août 1842. Gauthier, *Journal du palais,* t. I, 1843, p. 735, et 24 avril 1856, *Journal de dr. crim.*, n° 6182.

Le système contraire invoque comme précédent un arrêt du 6 mai 1826, qui a jugé, contrairement à l'arrêt de 1832 précité, que la Chambre des mises en accusation ne pouvait se dispenser d'ordonner le renvoi d'un prévenu à la Cour d'as-

Digitized by Google

sises, sous le prétexte que le crime dénoncé serait passible d'une peine inférieure à celle prononcée déjà contre le prévenu. Mais l'arrêt qui est généralement considéré comme ayant inauguré une jurisprudence nouvelle, est l'arrêt du 18 juin 1841, rendu dans l'affaire *Lafarge*. D. P., 45, 4, 322. Cet arrêt, dit-on, considère si peu l'action publique comme éteinte par une condamnation à une peine plus forte, qu'il a maintenu la compétence du tribunal correctionnel pour statuer sur l'action civile, bien que, depuis la poursuite correctionnelle, un arrêt fût intervenu qui condamnait la prévenue à la peine des travaux forcés à perpétuité. — M. Morin a expliqué, dans un article de son *Journal* n° 2848, comment cette décision n'avait rien de contraire à la théorie de Mangin, qu'il soutenait lui-même alors énergiquement. C'était une question de compétence qui s'agitait dans cette affaire. Il s'agissait de savoir si le tribunal correctionnel, *régulièrement saisi* des deux actions, devait *se dessaisir* de l'action civile au moment où l'action publique devenait sans objet. — La Cour répond négativement comme elle a répondu dans d'autres arrêts à une question analogue : l'extinction de l'action publique, soit par la prescription, soit par le décès du prévenu, fait-elle cesser la compétence du tribunal correctionnel pour l'action civile, quand ce tribunal a été régulièrement saisi? (Voir Ch. crim., 20 mai 1842; Laurent, *Journal du Palais*, 1842, t. II, p. 635, et 24 août 1854, D. P., 54, 1, 293.) — En maintenant la compétence pour l'action civile dans l'affaire *Lafarge*, la Cour n'a donc nullement décidé que l'action publique subsistât. — Pour que cet arrêt eût toute la portée qu'on lui prête, il faudrait que la Cour, au lieu d'avoir à *maintenir* la compétence au tribunal régulièrement saisi, eût eu à approuver l'introduction de l'instance civile devant le tribunal correctionnel, postérieurement à la condamnation pour crime.

On invoque encore comme préjugeant la question une jurisprudence constante de la Cour, qui, tout en cassant partiellement sans renvoi les décisions qui ont violé l'article 365, maintient cependant la condamnation du prévenu aux frais de la poursuite. Voir notamment 18 juin 1829, D. P., 29, 1, 276, et 24 avril 1856, Dev., 56, 1, 627. De ces différents arrêts, l'opinion favorable au droit de poursuite croit pouvoir conclure que si l'action publique ne peut plus amener une condamna-

Digitized by Google

tion pénale, elle est nécessaire pour conduire à des condamnations au profit des parties civiles et du trésor. — C'est encore par suite de cette théorie que la Cour a déclaré recevable le pourvoi du ministère public dans une espèce où il ne pouvait s'agir que des frais du procès. Un sieur Olivieri avait été condamné par le tribunal de police correctionnelle de Sartène : 1° pour injure publique, 2° pour vagabondage, 3° pour tapage injurieux et nocturne, à une année d'emprisonnement, à cinq ans de surveillance et aux frais ; il avait interjeté appel, mais seulement pour les deux premiers chefs. La Cour l'avait acquitté, non-seulement quant à ces chefs, mais même quant au troisième, *dont elle n'était pas saisie*, et qui, constituant une simple contravention, avait été jugé en dernier ressort par le tribunal de police correctionnelle. — Le ministère public s'était pourvu contre cette décision. — Son pourvoi, fondé uniquement sur une violation de l'article 192 du Code d'instruction criminelle, était il recevable? Oui, dit la Cour, « parce « que si, par une *interprétation erronée*, mais désormais irré« vocable *de l'article* 365, le jugement n'a *prononcé aucune* « *peine spéciale* à raison de la contravention de tapage injurieux « et nocturne, et si, sous ce rapport, le pourvoi pouvait pa« raître *dénué d'intérêt*, et par suite non recevable, il faut re« connaître en même temps que ce jugement, en déclarant la « culpabilité d'Olivieri aussi bien pour la contravention que « pour les deux délits, l'a condamné d'une manière générale « aux frais. — Dès lors, au point de vue *du recouvrement de* « *ces frais*, applicables, au moins pour partie, à la simple con« travention, ce jugement constitue, au profit du ministère pu« blic, un titre légal qu'il a intérêt à conserver intact, et cet « *intérêt suffit* pour que son pourvoi soit recevable. » Et la Cour casse sans renvoi la disposition de l'arrêt qui avait acquitté le prévenu sur un chef dont la Cour n'était pas saisie. (11 mars 1864, D. P., 64, 1, 504.)

VII. Tel était l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question. La doctrine était partagée, la jurisprudence était incertaine. L'arrêt actuel aborde directement la difficulté et la tranche par des motifs nets et précis. Il y a même dans la décision de la Cour ceci de remarquable que la question ne se présentait pas en réalité dans l'affaire Imbert. Du moment, en effet, où le prévenu n'avait pas été condamné la première fois

Digitized by Google

au maximum de la peine, une peine nouvelle pouvait, dans la limite de ce maximum, venir s'ajouter à la première, et, dès lors, il était vrai de dire, comme le dit notre arrêt : « que le « cumul des peines autorisé dans ces limites légitimait le « cumul des poursuites. » La chambre criminelle pouvait s'en tenir là, et la cassation qu'elle prononçait n'en aurait pas moins été complétement justifiée. C'est donc sans nécessité que, se plaçant dans l'hypothèse où la pénalité aurait été épuisée par la première condamnation, elle déclare que la poursuite aurait encore été légitime. Voici les motifs sur lesquels elle se fonde :

« Attendu que le droit de poursuivre tous les délits, conféré « au ministère public par l'article 22 du Code d'instruction « criminelle, ne souffre d'exception que dans les cas prévus « par des dispositions expresses de la loi ; qu'aucune limita- « tion à l'exercice de ce droit général ne résulte ni du texte ni « de l'esprit des articles 365 et 379. — Qu'on ne saurait pré- « tendre que l'action publique est éteinte par l'épuisement de « la pénalité, *puisqu'elle a pour objet non-seulement l'applica- « tion matérielle de la peine*, mais la recherche de toutes les in- « fractions, la poursuite de leurs auteurs, la déclaration de leur « culpabilité, l'effet moral des châtiments encourus, *les con- « damnations à prononcer dans l'intérêt des parties civiles et « du trésor.* »

Cet arrêt, malgré la netteté de ses affirmations, ne nous paraît pas devoir dissiper tous les doutes, et dans notre conviction, la théorie de Mangin est seule conforme aux principes rigoureux du droit.—Nous écarterons tout d'abord l'argument tiré de l'article 22 du Code d'instruction criminelle. Sans doute le droit de poursuite confié au ministère public ne souffre d'exception que dans les cas prévus par la loi ; mais la question est de savoir si une de ces exceptions n'a pas été formellement introduite par le législateur quand il a admis le principe du non-cumul des peines.—Le ministère public est *indépendant* dans l'exercice de l'action publique ; oui, mais à la condition que cette action existe. Or ce que soutient Mangin, c'est qu'il faut ajouter aux quatre cas d'extinction de l'action publique, décès du prévenu, chose jugée, prescription, amnistie, un cinquième cas, celui de l'épuisement de la pénalité par une condamnation antérieure. Cette cause d'extinction résulte, suivant nous :

Digitized by Google

1° des règles fondamentales sur lesquelles repose l'action publique; 2° des règles que le législateur a voulu consacrer en prohibant le cumul des peines; 3° du texte même de la loi.

VIII. Et d'abord quelles sont les règles générales qui régissent l'action publique? Est-il vrai, comme le dit la Chambre criminelle, que cette action ait pour objet autre chose que l'application de la peine? — L'action publique est l'action qui appartient à la société pour la punition des atteintes portées à l'ordre social. (Mangin, t. I, n° 1.) Elle a pour base le droit de punir, que le droit naturel et la loi écrite reconnaissent à la société. — Supprimez le droit de punir, et vous supprimez par cela même l'action qui ne sert qu'à le sanctionner. Aussi les rédacteurs du Code d'instruction criminelle ont-ils partout qualifié l'action publique d'action pour l'*application de la peine* (art. 1 et 2), et toutes les fois qu'ils ont pensé que le droit de punir devait s'effacer devant un principe supérieur, comme celui du droit de la défense, ou de la personnalité des peines, ou encore de la chose jugée, ils ont déclaré l'action publique éteinte (art. 2, 360, 637 et suiv., C. instr. cr.). — Au moment où un crime est commis, le droit de punir prend naissance au profit de la société, et c'est alors que l'action publique est mise en mouvement comme sanction de ce droit. — Alors, en effet, elle a pour première mission, en même temps que la recherche des infractions, la poursuite de leurs auteurs; mais il faut pour cela que le droit de punir soit entier. Et si nous supposons le coupable mort quelques moments après le crime, l'action publique n'aura plus de cause; car, encore une fois, elle n'est que le mode d'exercice du droit de punir, et ce droit est éteint par le décès de l'auteur du crime. — Prenons une autre cause d'extinction de l'action publique : la prescription. — Voici un criminel qui, après avoir prescrit sa peine, vient se vanter du crime qu'il a commis. Est-ce qu'on a jamais prétendu que la justice devrait agir pour faire *déclarer sa culpabilité?* Non évidemment, puisque la loi dit elle-même que dans ce cas l'action publique est éteinte. — Et elle est éteinte, parce que, du moment où la société n'a plus le droit de punir le coupable, elle n'a plus le droit de le poursuivre.

La Cour ajoute encore, il est vrai, que l'action publique a *pour objet* les condamnations à prononcer dans l'intérêt *des parties civiles* et du trésor public. Mais il y a là une erreur évidente.

Digitized by Google

Jamais l'action *publique* ne peut avoir *pour objet* un intérêt *civil*. Cet intérêt pourra être satisfait par suite de l'exercice de cette action, mais il n'en peut être l'objet direct, et assurément, dans le cas de décès de l'auteur d'un crime, on ne dira pas que *l'action publique* devra être exercée contre ses représentants, sous prétexte qu'il peut y avoir des condamnations à prononcer dans l'intérêt des parties civiles. La chambre criminelle a déclaré elle-même dans un arrêt du 24 avril 1854, D. P., 54, 1, 293, « que le décès du prévenu, avant toute décision sur « le fond, *éteignant l'action publique* et ne permettant plus la « répression du fait par la loi pénale, rend la juridiction crimi- « nelle *incompétente* pour connaître de l'action civile qui s'y « rattache. » Et cependant ce même arrêt refuse, comme dans l'affaire Lafarge, de dessaisir le juge d'appel régulièrement saisi, puisque le décès n'était survenu que pendant l'instance d'appel. Quant au Trésor il ne peut s'agir pour lui que des frais antérieurs à la découverte de la cause d'extinction, car du moment où il est reconnu que l'action publique ne peut pas être exercée, il n'y a pas de frais à exposer. Et, malgré l'affirmation de notre arrêt, nous ne pouvons comprendre une action qui n'aurait d'autre *objet* que d'occasionner des frais afin de les mettre à la charge du prévenu. S'agit-il uniquement des frais antérieurs, nous nous bornerons à répondre qu'il en sera dans ce cas comme dans tous les autres cas d'extinction de l'action publique. Nous ne saurions admettre que cet intérêt puisse suffire à faire revivre une action éteinte, et cette action est éteinte du moment où le droit de punir qui lui sert de base a cessé d'exister.

IX. Nous avons dit qu'en dehors des principes généraux nous trouvions dans le principe même du non-cumul une cause d'extinction de l'action publique. Il nous semble que l'on ne tient pas suffisamment compte de la pensée qui a fait introduire dans notre législation la règle du non-cumul des peines. Nous allons essayer de formuler cette pensée telle qu'elle nous paraît ressortir du système pénal consacré par notre loi. Voici un individu qui commet un crime; il est condamné; après avoir subi sa peine, il commet un nouveau crime; c'est l'état de récidive, La seconde condamnation doit entraîner une peine plus grave (art. 56 et suiv. C. pén.). Au contraire, les deux crimes ont été commis successivement, *avant toute con-*

Digitized by Google

damnation. C'est ce que nous appellerons l'état de réitération. Une *seule* peine sera prononcée pour les *deux* crimes, ce sera la peine la plus forte de celles que la loi a édictées pour les deux infractions. Entre l'état de récidive et l'état de réitération pourquoi cette différence? Pourquoi n'a-t-on pas pensé que la perpétration de deux crimes devait entraîner dans les deux cas la même culpabilité? Cela tient selon nous à l'idée que s'est faite le législateur du caractère et des effets de la peine. La peine doit avoir pour effet d'amender et de corriger le coupable. Si, après une première condamnation, il commet une nouvelle infraction, il est plus coupable parce qu'il n'a pas profité de la correction que la loi lui avait donnée. Dans la réitération, au contraire, puisque c'est avant tout avertissement qu'il a commis plusieurs crimes, on ne peut pas lui reprocher de n'avoir pas profité d'une leçon qu'il n'avait pas encore reçue. Certains auteurs font même remonter jusqu'à la société la responsabilité de la réitération : « Lorsqu'un « individu s'est rendu coupable de plusieurs crimes avant « d'avoir été l'objet d'une poursuite, *la justice doit s'imputer* « la lenteur ou l'impuissance de son action; si le coupable « avait été saisi après son premier crime, s'il avait reçu le « solennel *avertissement* d'une première condamnation, peut-« être n'eût-il pas commis les crimes auxquels il a été en-« traîné; l'inaction de la justice a en quelque sorte *atténué* « *ses fautes.* » Chauveau et Hélie (*Théorie du Code pénal*, t. I, p. 244. — Ortolan, *Droit pén.*, n° 1154). Et voilà pourquoi, au lieu d'appliquer au prévenu la peine de tous les crimes qu'il a pu commettre avant la première condamnation, la loi a voulu qu'une *seule* peine fût *prononcée* contre lui dans le cas de réitération, pourvu que cette peine fût la plus forte de toutes celles qu'il aurait encourues, sans le principe du non cumul. Telle est dans notre opinion la pensée fondamentale de la règle écrite dans l'article 365 du Code d'instruction criminelle. Hâtons-nous de dire que c'est ainsi que cette règle avait été comprise à l'origine par la cour de cassation : « Attendu, dit « un arrêt du 28 mars 1829, *Aubry*, qu'il résulte de la dispo-« sition de l'article 365 qu'en subissant la peine la plus forte « le coupable *expie tous les crimes* passibles d'un peine de « même nature ou d'une moindre gravité que celle qui lui est « appliquée. » Voir encore l'arrêt précité du 14 juillet 1832 et

Digitized by Google

celui du 2 août 1833, *Mie*, Dalloz, *Rép.*, v° *Peine*, n°s 139 et suivants.

M. Faustin Hélie demande, dans le passage que nous avons cité, si un crime cesse d'être passible d'une peine, parce que cette peine se confondra dans une peine plus forte. Nous répondrons qu'en pareil cas le crime cesse d'être passible d'une peine distincte, non pas parce que cette peine se confond dans l'exécution d'une peine plus forte, mais parce qu'il est atteint et *expié* déjà par la seule peine que la loi ait voulu appliquer à la réunion d'infractions pénales, qui constitue *la réitération*. Et nous n'admettons pas le reproche que le savant jurisconsulte adresse au système de Mangin, « de confondre *l'application* de « la peine et son *exécution*. » Ce reproche doit tomber, selon nous, devant le texte même de l'article 365. Il faut remarquer, en effet, que le législateur n'a pas dit qu'en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits une seule peine serait *exécutée*; il a dit, ce qui est bien différent, qu'une seule peine serait *prononcée*. N'y a-t-il pas là encore la preuve que la loi n'a voulu rendre *l'état de réitération passible que d'une seule peine*?

Si telle est la portée de la règle du non cumul que faut-il en conclure pour la question qui nous occupe? De quel droit ira-t-on poursuivre un individu condamné à une peine plus forte que celle qui pourrait être prononcée pour le second crime? Ce crime n'est plus *punissable*, parce qu'il est *puni* déjà par la première condamnation et parce qu'encore une fois le coupable *expie* par la peine *la plus forte* tous les crimes ou délits antérieurs à la première condamnation. Le poursuivre, ce ne serait pas seulement exercer une action inutile, ce serait encore violer la règle *non bis in idem*. C'est cette règle qui nous paraît s'opposer surtout en pareil cas à l'exercice de l'action publique. Nous considérons cette action comme éteinte non pas seulement parce qu'elle a pour objet l'application de la peine et qu'une peine ne peut plus être appliquée, mais parce qu'elle ne peut plus être exercée à raison d'infractions criminelles déjà punies et *expiées* par une condamnation judiciaire.

Nous croyons donc qu'il est inexact de dire, comme la lettre de M. le ministre de la justice dans notre affaire, que « c'est « l'exagération et l'accumulation des peines que la loi a voulu « prohiber et non la multiplicité des jugements. » Sans doute ces considérations d'humanité ont pu exercer une certaine in-

Digitized by Google

fluence sur l'esprit du législateur, mais la pensée fondamentale nous paraît avoir été surtout tirée du caractère même de la *peine*. En un mot ce n'est pas une règle d'exécution, mais une règle de *pénalité* que le législateur a voulu édicter.

X. Le texte même des articles 365 et 379 n'est-il pas d'ailleurs conforme à l'interprétation que nous donnons de la règle du non-cumul? Nous avons dit que la première fois que cette règle avait été introduite dans notre législation criminelle, c'était dans le décret de 1791. L'article 40 de ce décret, que nous avons rapporté en commençant, autorisait formellement la seconde poursuite, sans ajouter cette condition que la peine qu'elle devait amener serait plus forte que celle déjà prononcée. Il se bornait à dire que la plus forte serait seule *subie*. Il aurait donc été vrai de dire, sous l'empire de ce décret, que la règle du non-cumul n'était en réalité qu'une règle d'exécution. Mais lorsque fut rédigé le code des délits et des peines de l'an IV la règle prit un tout autre caractère, et l'article 446 autorisa la poursuite à raison du nouveau crime « *mais seulement dans* « *le cas* où les nouveaux faits mériteraient *une peine plus forte* « que la première. » Le législateur de l'an X a reproduit en les complétant ces dispositions du Code des délits et des peines. Dans l'article 365 il s'occupe du cas où, dans un même débat devant une Cour d'assises, l'accusé est convaincu de plusieurs crimes ou délits, et il veut que dans ce cas la peine la plus forte soit *seule prononcée*. Entre cette expression et celle employée par le décret de 1791 il y a une différence sur laquelle nous ne saurions trop insister. La loi ne veut pas seulement que le coupable *subisse* une seule peine, elle veut que le juge n'en *prononce* qu'une seule. Pourquoi? si ce n'est parce que, comme nous le soutenons, l'état de réitération n'est *passible* que *d'une seule peine*. Puis vient le cas où le nouveau fait, sans être soumis au même débat, résulte de ce débat lui-même; alors la loi autorise la poursuite *si* les faits nouveaux méritent une *peine plus forte*. L'expression n'est peut-être pas aussi énergique que celle employée par le législateur de l'an IV, mais la pensée est évidemment la même. Tout le système qui résulte de ces textes, applicables aux tribunaux correctionnels comme aux Cours d'assises (cela n'est pas contesté), n'est-il pas celui-ci? Une seule peine doit être *prononcée* pour tous les crimes antérieurs à la première condamnation, c'est la peine la plus

Digitized by Google

forte de celles que méritait le prévenu. Quand elle est *prononcée*, il ne peut plus y avoir lieu à des poursuites ultérieures pour des délits dont la peine serait moins grave. Ces textes ne sont donc en réalité que l'application d'un principe général que le législateur a voulu consacrer pour la pénalité de la réitération. Ce principe lui-même est sans doute contestable. On peut reprocher à la loi d'avoir encouragé la réitération, au lieu de la punir. Cette critique a été faite, et notamment dans ces derniers temps, par M. Bonneville de Marsangy. L'honorable magistrat ne propose pas cependant d'effacer complétement la règle du non-cumul, mais il propose pour l'état de réitération une pénalité plus forte. Il y aurait toujours une peine *unique* pour tous les crimes antérieurs à la première condamnation, mais cette peine, élevée au maximum, pourrait être augmentée du quart ou de la moitié suivant les cas. — *Amélioration de la loi criminelle* (IIe part., ch. 13). Nous n'avons pas à rechercher ici le mérite de cette réforme, et nous ne voulons pas examiner ce que peuvent avoir de fondé les reproches adressés à notre législation.

La règle posée par le Code peut avoir des inconvénients; l'interprétation que donne la jurisprudence peut avoir des avantages pratiques. On le prétend en invoquant toutes les considérations que nous avons rappelées. Oui, sans doute, la poursuite et la condamnation nouvelles, que la chambre criminelle autorise, auront pour conséquence de faire appliquer à l'inculpé certaines incapacités, et de rendre possibles certaines récidives spéciales; mais ces considérations ne peuvent rien contre les principes. C'est au législateur moderne à mettre ses dispositions en harmonie avec les règles anciennes qu'il maintient, ou bien à modifier celles-ci. Quant à nous nous ne pouvons admettre que pour procurer aux parties civiles la satisfaction plus facile de leurs intérêts, ou pour obtenir en faveur du trésor une condamnation, qui le plus souvent restera inexécutée, l'on fausse le sens d'articles non abrogés et l'on méconnaisse l'esprit et la portée des règles fondamentales de notre droit criminel.

PAUL COLLET.

Digitized by Google

ERRATA.

Dans l'examen doctrinal du numéro précédent, p. 197, ligne 38, au lieu des mots : *le tiers débiteur*, lisez : *le tiers détenteur*.

Page 200, ligne 6, au lieu des mots : *prescription acquisitive*, lisez : *prescription extinctive*.

Page 205, lignes 3 et 4, au lieu des mots : *ou par suite d'un titre émané du donataire*, lisez : *ou par suite d'un titre émané soit* a non domino, *soit du donataire*, etc.

Page 206, ligne 39, rétablir à la fin de l'alinéa ces mots oubliés : « *S'il ne s'approprie pas expressément la doctrine de l'arrêt de Toulouse, il se garde de l'improuver.* »

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

DES ORIGINES ET DU SYSTÈME GÉNÉRAL DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867 [1].

Par M. Ch. Beudant, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

PREMIER ARTICLE.

1) L'idée d'association est aussi ancienne que le monde; elle a surgi dès que l'homme a conçu un projet dépassant ses forces ou ses ressources individuelles. Ce que l'on ne pourrait faire seul, on essaye de le faire à plusieurs : voilà, à vrai dire, toute la théorie de l'association.

Cependant on considère généralement les sociétés comme étant de création moderne, presque contemporaine; mais ce qui est nouveau, ce n'est pas le principe d'association, ce sont les combinaisons qu'on en a faites, c'est son application journalière, c'est le prodigieux développement qu'on lui a donné. Par elle-même, et, dès lors, partout et en tout temps, l'association est une force, bonne comme toute force quand elle est bien employée; le génie du XIXe siècle en fait pour notre époque une nécessité impérieuse, car l'association est le plus puissant, et même le seul moyen d'action dans les sociétés démocrati-

[1] Ce travail est extrait d'un traité des Sociétés d'après la loi du 24 juillet 1867, qui sera incessamment publié.

Digitized by Google

ques. Sous l'influence du principe égalitaire, les grandes situations individuelles disparaissent, les forces se disséminent en s'égalisant, l'homme s'isole; dans de telles conditions, on ne peut rien entreprendre de grand et de durable, spécialement dans l'ordre des intérêts économiques, qu'en s'associant. Sans l'esprit d'association, les sociétés démocratiques sont frappées d'impuissance; elles n'ont ni force défensive ni force expansive : l'État seul y peut quelque chose.

De là, les progrès de l'association appliquée à toutes les branches de l'activité humaine, dans un siècle où, comme on l'a dit, la démocratie coule à pleins bords; de là, les nombreux essais législatifs faits depuis soixante ans, en France comme dans les pays voisins, pour réglementer, spécialement au point de vue de son application aux entreprises commerciales, un contrat immémorial par son principe, tout moderne par ses applications et son développement. En toutes choses, l'homme n'arrive aux notions simples et vraies qu'après de longs tâtonnements : la loi, sur la question des sociétés, cherche encore sa formule définitive.

2) Le Code de commerce de 1807 reconnaissait l'existence, et réglait l'organisation de trois espèces de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme (art. 19 C. comm.); l'association en participation, ne se personnifiant pas dans un être moral, n'est pas une société véritable, dans le sens juridique du mot (art. 47 C. comm.). Les règles constitutives de chacune étaient ensuite tracées avec une précision rigoureuse ; ce sont trois combinaisons dans lesquelles, de gré ou de force, doit rentrer toute association. Le capitaliste ou l'industriel, qui veut fonder une société, peut opter entre trois types que la loi lui propose; l'option accomplie, il est soumis à un certain nombre de règles qui sont considérées comme inhérentes au type qu'il a adopté. La loi trace trois routes, et il n'est pas permis de s'en frayer une quatrième.

C'était là un système imprévoyant. Le droit commercial est le droit coutumier par excellence; les transactions que les hommes font entre eux sont susceptibles de modifications si nombreuses et si incessantes, ces modifications revêtent des formes tellement variables et inattendues qu'il est impossible de les prévoir à l'avance. En ne reconnaissant que trois

Digitized by Google

espèces de sociétés commerciales, en excluant toute autre combinaison dont l'utilité viendrait à se révéler dans l'avenir par suite de situations particulières, le Code de 1807 se condamnait lui-même à être bientôt débordé. Enchaîner ainsi l'avenir, c'est supposer que l'état économique du monde est définitivement fixé au moment où l'on fait la loi, et qu'il ne peut être modifié : c'est œuvre d'aveuglement.

3) Moins de vingt ans plus tard, la loi primitive était devenue insuffisante, le cadre tracé trop étroit; depuis, l'impulsion a dépassé toute attente. Le progrès des sciences, la diffusion croissante des fortunes, les principes nouveaux en matière de gouvernement et de finances ont bouleversé les notions primitives d'économie sociale. En 1807, époque du Code, l'industrie procédait encore au moyen du rouet, du manége et du moulin à vent; le capital, dévoré par la guerre, était rare; le commerce se faisait isolément, sur une échelle restreinte. Pour utiliser ses économies, on ne connaissait que la rente sur l'État, l'achat d'immeubles ou le placement chez le notaire. Les temps ont bien changé : tout s'est modifié, les faits comme les idées! Aujourd'hui, le capital abonde; un abîme nous sépare des doctrines qui avaient conseillé le système continental; d'individuelle qu'elle était, l'industrie devient de plus en plus collective et impersonnelle. On peut dire qu'il n'y a plus de limites à l'audace des desseins de l'homme; l'association s'est faite cosmopolite : le percement de l'isthme de Suez sera dû à une association de capitaux fournis par tous les peuples de l'Europe.

A ces entreprises, aux proportions inattendues, les formes d'association du Code de 1807 ne pouvaient suffire.

4) La société en nom collectif peut avoir un crédit considérable : elle offre, comme garantie, outre son actif propre, c'est-à-dire le fonds social, les biens de tous les associés; elle ajoute à sa responsabilité, en tant qu'être juridique, celle de chacun de ses membres; elle a pour base, en un mot, la responsabilité solidaire et illimitée des associés, tous connus, tous garants sur leur fortune entière (art. 22 C. comm.). Néanmoins, cette combinaison d'association ne convient qu'aux entreprises modestes. D'une part, en effet, elle est formée en considération des personnes, et, dès lors, elle se dissout par la mort, l'interdiction, la faillite, etc....., d'un de ses membres,

Digitized by Google

(art. 1865, C. Nap.); elle n'a pas d'avenir, n'étant jamais sûre du lendemain. D'autre part, elle engage la responsabilité illimitée et solidaire des associés, et, dès lors, elle ne peut être formée qu'entre un petit nombre de personnes, ayant les unes dans les autres une confiance illimitée comme la responsabilité à laquelle elles s'exposent; d'où il suit qu'elle ne peut réunir qu'un chiffre restreint de capitaux. Elle opère moins sur l'importance de ses capitaux que sur le crédit de ses membres; elle ne peut, par conséquent, convenir aux entreprises qui exigent des capitaux considérables et une longue durée d'existence assurée.

5) Il en est de même de la société en commandite simple, la société du moyen âge, celle sur laquelle l'industrie et le commerce ont vécu pendant des siècles[1]. C'est un contrat qui intervient entre personnes qui se connaissent, qui sont liées par des intérêts communs, dont l'une apporte son temps, son expérience des affaires, l'autre, le capital; il a pour base la réunion d'un ou plusieurs associés responsables personnellement, c'est-à-dire à l'infini, avec un ou plusieurs bailleurs de fonds responsables matériellement, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de l'apport (art. 23 C. comm.). La société ainsi constituée joint au crédit que peut donner un fonds social fixe celui qui s'attache à la responsabilité personnelle : elle est l'association du capital et de l'industrie. Le commandité ou gérant, indéfiniment responsable à l'égard des tiers, centralise la gestion, ce qui assure à la société une direction une et forte; à lui la responsabilité : son nom peut seul figurer dans la raison sociale (art. 23-2° C. comm.); à lui la gestion : il a exclusivement le droit de représenter la société. Le commanditaire engage sa mise sans compromettre le surplus de sa fortune, ce qui lui réserve des chances illimitées de gain, tout en ne l'exposant qu'à des chances limitées de perte; pour lui, pas de responsabilité personnelle : son nom ne peut faire partie de la raison sociale (art. 23 C. comm.); pour lui, pas de gestion : il est formellement exclu du droit de représenter la société; il n'a qu'un droit de contrôle et de surveillance sur les actes du gérant (art. 27, 28 C. comm.).

[1] Sur les origines de la société en commandite, V. Troplong, *Contrat de société*, introd., p. 54 et suiv.; — Molinier, *Droit commercial*, t. I, p. 425 et suiv.

Digitized by Google

C'est là incontestablement une des plus ingénieuses et des plus utiles applications du principe d'association; mais ici encore la considération des personnes est la cause déterminante du contrat. Le commanditaire confie ses fonds au commandité et à nul autre; le commandité, de son côté, accepte la surveillance et le contrôle de ceux avec qui il a traité, mais n'entend subir la surveillance ni le contrôle d'aucun autre : tout changement de personnes modifierait les bases de l'association. Dès lors, de même que la société en nom collectif, la société en commandite n'a qu'une existence précaire : elle est incessamment menacée de dissolution par tout événement qui retrancherait de la société la personne d'un de ses membres; comme elle encore, quoique ayant une supériorité incontestable de puissance, puisqu'elle peut, étant accessible à un plus grand nombre de personnes, avoir un chiffre plus considérable de capitaux, elle ne convient qu'aux entreprises de second ordre : les relations sociales restent concentrées entre les associés primitifs, et le nombre de ceux-ci, puisque le mode d'association implique entre eux des relations journalières, est nécessairement restreint.

6) Ces deux formes d'association ne suffisent plus aux perspectives ouvertes à l'esprit d'entreprise; les conceptions qu'imagine l'intelligence financière ou industrielle de notre époque veulent un cadre plus large. Le type approprié à cette phase nouvelle, c'est la société par actions : jusqu'ici on n'avait songé à fonder le crédit que sur la responsabilité personnelle, au principe de la responsabilité personnelle on substitue la puissance des capitaux réunis par l'agglomération.

7) Pour trois causes les sociétés par intérêts sont impuissantes à réunir les capitaux qu'exigent les grandes entreprises : elles reposent sur une confiance mutuelle, ce qui ne leur permet de grouper qu'un nombre restreint d'associés, et dès lors d'atteindre qu'un chiffre limité de capitaux; elles lient les associés, de telle sorte que ceux qui interviennent pour les constituer doivent y rester, et y laisser leurs fonds jusqu'à la dissolution, ce qui éloigne et le capitaliste spéculateur qui tient à pouvoir réaliser ses valeurs à l'occasion, et le petit rentier qui n'a jamais assez de sécurité pour disposer de ses ressources à long terme; enfin elles sont établies en considération des personnes, de telle sorte qu'elles peuvent inces-

Digitized by Google

samment être frappés de dissolution, peut-être au moment le plus inopportun, par tout changement survenant dans la personne d'un de leurs membres.

Ce n'était pas jadis un obstacle : on ne songeait à se mettre dans les affaires que si on pouvait apporter un capital relativement considérable, que si l'on comptait faire de cette participation la principale occupation de sa vie. De nos jours le capitaliste ne veut plus risquer tout son avoir dans une même entreprise; il divise ses placements afin de diminuer le risque : la limitation de la responsabilité est une nécessité économique. Il en résulte, si l'on tient compte en outre de la mobilité actuelle et de la diffusion croissante des fortunes, que, pour former les agglomérations de capitaux nécessaires aux entreprises d'une époque qu'on nommera à bon droit le siècle de l'industrie, il faut utiliser tous les capitaux même les plus faibles, grouper les petites épargnes; et qu'il faut pour cela diviser le capital social en petites coupures cessibles, petites afin qu'elles soient à la portée de tous, cessibles afin que l'associé puisse toujours réaliser son apport en vendant sa part. C'est précisément le procédé qu'emploient les sociétés par actions. Un industriel ou un spéculateur conçoit un projet; il rédige les bases d'une association, et fait appel au crédit : quiconque souscrit adhère par là même aux statuts et devient associé sous le nom d'actionnaire. Les associés ne se choisissent pas, le plus souvent même ne se connaissent pas; leur individualité est indifférente, l'apport seul est pris en considération; en un mot l'*intuitus personæ* est remplacé par l'*intuitus pecuniæ;* l'association n'est qu'une agrégation de capitaux, elle figure avec ce caractère dans le monde du commerce comme un individu.

8) Cette combinaison convient à merveille à nos fortunes divisées, à notre civilisation égalitaire; elle a puissamment contribué à l'impulsion qu'a reçu de nos jours l'esprit d'entreprise. On aime ces valeurs mobiles, qui passent rapidement de mains en mains sans lenteurs et presque sans formalités et sans frais; et puis, en groupant ainsi les épargnes, sans se préoccuper des personnes, on arrive à réunir des capitaux qui n'ont de limite que les besoins de l'entreprise. Éparpillés, les capitaux sont frappés d'inertie, réunis ils produisent de grandes choses et d'incalculables profits. Quelle fortune privée pourrait

Digitized by Google

suffire à fonder des banques publiques, à construire des chemins de fer, à assurer les navires? Et, en supposant qu'il se rencontre des maisons assez puissantes pour faire face à de telles dépenses et à de tels risques, comment croire qu'elles consentent à échanger, contre les hasards inséparables du commerce, les avantages d'une situation acquise ? Il n'y a que tout le monde qui puisse fournir de telles ressources et assumer de telles responsabilités, ce tout le monde qui est plus riche comme il a plus d'esprit que qui que ce soit. « Il en est du capital comme de l'eau répandue sur la surface de la terre, dit très-bien M. Mathieu; inerte ou abandonnée au hasard, elle est inutile quand elle n'est pas malfaisante. Qu'une main industrieuse réussisse et concentre des sources et des ruisseaux épars, elle crée un courant, une force motrice, un moyen économique et fécond[1]. » Ce rôle est précisément celui des sociétés par actions; et il résulte de la transformation économique dont elles sont l'expression, deux conséquences excellentes : d'abord, l'accroissement des ressources du commerce et de l'industrie par la mise en valeur de tous les capitaux; ensuite, la participation des petites bourses au mouvement industriel et commercial, ce qui permet aux moindres fortunes de s'accroître par le résultat de la spéculation. L'avénement de cette application du principe d'association, a été celui de la démocratie capitaliste.

L'aristocratique Angleterre a dû elle-même entrer dans cette voie. Jusque dans ces derniers temps, elle avait pu suffire à ses immenses besoins de capitaux sans autre secours que notre société en nom collectif (Partnership), et la société *incorporated* dont les membres ne sont affranchis de l'engagement personnel que si le bill d'autorisation en contient la clause formelle. Un tel fait ne s'explique que par les grandes fortunes particulières que la législation, restée féodale, perpétue. Le jour est venu cependant où l'on a compris la nécessité de faire appel aux petits capitaux, c'est-à-dire aux masses; telle est l'origine des *joint-stock companies*[2].

9) Le type le plus complet des sociétés par actions est la société anonyme; c'est la forme des grandes entreprises, des

[1] *Rapport*, p. 13.
[2] V. *infrà*, nos 33 et 39.

Digitized by Google

vastes opérations, de celles qui exigent un chiffre illimité de capitaux et une longue durée d'existence assurée. L'élément personnel en est complétement exclu. Quand elle contracte, sa responsabilité est limitée aux choses et valeurs dont elle se compose; elle n'offre d'autres garanties que son capital et son crédit, c'est-à-dire la bonne ou la mauvaise gestion de ses intérêts. Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur apport; les administrateurs eux-mêmes, simples mandataires librement choisis, soit parmi les associés, soit en dehors d'eux, ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et non des engagement sociaux. Le pouvoir est aux actionnaires, soumis eux-mêmes aux statuts; c'est, dans toute l'acception du mot, une agrégation de capitaux érigée en personne civile, figurant dans le monde des affaires par des mandataires: elle n'a pas de raison sociale, elle signe, à vrai dire, du chiffre de ses millions (art. 29 à 33, C. com.).

10) Cette forme d'association ne date vraiment, en France, que des grandes compagnies organisées sous Louis XIV pour le commerce maritime[1]; elle n'eut d'abord que des applications exceptionnelles et rares, auxquelles se rattache le souvenir de grandes catastrophes financières : on avait vu tomber cette compagnie de Saint-Christophe, dont les propriétés étaient des royaumes, celle des Indes-Orientales qui avait pour actionnaires Louis XIV et Colbert; la banque de Law avait été l'occasion d'un jeu effréné, et finalement d'affreux désastres. A la fin du XVIIIe siècle le discrédit des sociétés par actions était complet. Aux griefs des intérêts compromis, se joignaient les critiques, presque les anathèmes des plus grands esprits, des d'Aguesseau[2], des Mirabeau[3], car l'ancienne société française ne connaissait pas le crédit; Law avait essayé de l'initier aux grandes opérations de finance, mais l'expérience, confiée à des mains corrompues, aboutit à une liquidation désastreuse!

La convention, en ceci comme en toutes choses, se montra

[1] Sur les origines de l'anonymat, cons. Troplong, *Sociétés*, introd., p. 73; — Molinier, *Droit commercial*, p. 367. — Sur les grandes compagnies du XVIIe siècle, cons. Pierre Clément, *Histoire de Colbert*, p. 134, 170. — Fremery, *Études sur le droit commercial*, p. 55.

[2] *Mémoire sur le commerce des actions.*

[3] *Dénonciation de l'agiotage au roi et à l'Assemblée des notables*, 1787.

Digitized by Google

radicale : par le décret du 24 août 1793, elle supprima les compagnies dont le capital était divisé en actions ou effets négociables, et défendit d'en établir à l'avenir sans une autorisation du Corps législatif[1].

11) Ce décret, dû à des considérations d'ordres très-divers, fut rapporté, sous le Directoire, par la loi du 30 brumaire an IV[2]; les sociétés par actions devinrent libres, soumises seulement, en l'absence de toute législation spéciale, aux principes du droit commun. Des compagnies nombreuses apparurent bientôt ; et le public, toujours facile à séduire par des apparences trompeuses et de vaines annonces, apprit une fois de plus à ses dépens les dangers de la spéculation. Aussi, lors de la rédaction du Code de commerce, crut-on devoir subordonner la création des sociétés par actions à certaines conditions restrictives. « Trop souvent, disait Regnault de Saint-Jean-d'Angely au Corps législatif, des associations mal combinées dans leur origine, ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. — Il a donc été reconnu, 1° que nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'après un acte public; 2° que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelles bases on voulait faire reposer les opérations de la société, et quelles pouvaient en être les conséquences. — Avec ces précautions, avec celles de la publicité, communes aux trois espèces de société, les administrateurs des sociétés anonymes géreront avec sécurité pour eux et leurs actionnaires[3]..... »

C'est sous l'influence de ces idées que furent rédigés les ar-

[1] Les sociétés par actions n'existaient, dans l'ancienne France, qu'en vertu des édits des rois qui leur concédaient leurs priviléges, et traçaient en même temps les règles qui devaient les régir. Elles étaient devenues libres à partir de la loi du 2 mars 1791, qui proclama le grand principe de la liberté de l'industrie. En proposant le décret du 24 août 1793, Cambon s'exprimait ainsi : « Il existe en ce moment un combat à mort entre les marchands d'argent et l'affermissement de la république. Il faut donc tuer toutes ces associations destructives du crédit public. » (*Moniteur* du 26 août 1793.)

[2] V. le rapport présenté par Giraud, au Conseil des Cinq-Cents, le 29 brumaire an IV. (*Moniteur* du 4 frimaire.)

[3] Locré, *Législation civile et commerciale*, t. XVII, p. 251.

Digitized by Google

ticles 29 à 37, qui déterminent les caractères de la société anonyme, ses conditions d'existence, son organisation. Jusqu'à la loi nouvelle, du 24 juillet 1867, les principes posés en 1807 ont subsisté sans aucune modification.

12) Mais, au cours de la discussion, un fait important s'était produit : c'est l'avénement de la commandite par actions, combinaison plutôt pressentie alors que régularisée, plutôt tolérée que définie, et qui ne devait prendre un développement sérieux que dans la seconde moitié de la Restauration. A ce fait se rattache l'origine des nombreuses évolutions législatives qui ont finalement abouti à la loi du 24 juillet; depuis un demi-siècle, le législateur cherche les règles de la commandite par actions, et ne les trouve pas.

Le premier projet du Code de commerce, celui que Chaptal présenta le 13 frimaire an XI, 4 décembre 1801, ne reconnaissait qu'une espèce de société par actions : la société anonyme; ou plutôt, les deux expressions y étaient employées comme synonymes, comme indiquant une seule et même forme d'association : celle que le projet soumettait à la nécessité d'un acte public et de l'autorisation[1]. Les conseils et les tribunaux de commerce, consultés sur le projet, réclamèrent à peu près unanimement contre cette double exigence, en tant au moins qu'elle s'appliquerait aux commandites; ils concluaient à ce que la loi laissât libres les associations dans lesquelles la division du capital en actions se combinerait avec une gérance responsable. Il y avait là le germe d'une transformation complète des règles de la commandite ancienne. En effet, autoriser la division du capital en actions cessibles, c'est créer des commanditaires qui peuvent se retirer de la société quand ils le veulent, qui peuvent se substituer une tierce personne, sans rien changer à l'association, puisque leur personne n'y est pour rien ; l'adjonction des bailleurs de fonds aux associés solidaires cesse d'impliquer un lien personnel : elle n'est plus qu'une simple association de capitaux. Admise dans le projet revisé de 1803, la proposition des tribunaux de commerce ne le fut au Conseil d'État qu'après beaucoup d'hésitation ; Cambacérès, Bigot de Préameneu, Regnault de Saint-Jean-d'Angely, y firent la plus vive résistance. « L'ordre public, disait Cam-

[1] Locré, *Législ.*, t. XVII, p. 36.

Digitized by Google

bacérès, est intéressé dans toute société qui se forme par actions, parce que, trop souvent, ces entreprises ne sont qu'un piége tendu à la crédulité des citoyens;» et, pressentant l'avenir avec une précision parfaite, il ajoutait: «..... Ainsi, la société sera vraiment anonyme, et cependant elle pourra exister sans l'autorisation du gouvernement[1]. » L'innovation n'en fut pas moins consacrée au Code; elle forme l'article 38 : « Le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, sans aucune dérogation aux règles établies pour ce genre de société. » Désormais, il y a deux sociétés dans lesquelles le capital social est divisé en actions : la société anonyme, qui est soumise à l'autorisation (art. 37 C. comm.) et la société en commandite, qui reste libre (art. 38 C. comm.).

13) Chacune de ces deux formes d'association a son caractère et ses règles propres; chacune répond aux exigences de situations particulières.

Ce qui caractérise la société anonyme, c'est que les actionnaires y sont les maîtres de l'affaire : ils nomment, surveillent, révoquent les administrateurs, simples mandataires engagés seulement par leurs fautes et les termes de leur mandat (art. 31 C. comm.); en réalité, ils administrent eux-mêmes, soit directement, soit par leurs préposés, sans être indéfiniment obligés comme dans la société en nom collectif, sans avoir à redouter les dangers de l'immixtion comme dans la société en commandite. On l'a souvent comparée à un gouvernement démocratique, où le pouvoir est au peuple, ici aux actionnaires; tout élément personnel en est écarté : elle est une pure agrégation de capitaux, figurant dans le monde des affaires comme un individu, agissant elle-même sous une qualification résultant de l'objet de l'entreprise, ou sous un nom de fantaisie (art. 30 C. comm.). Cette forme d'association convient aux entreprises à long terme, qui, sans se proposer l'accomplissement d'un dessein unique à exécuter par une personne déterminée, ont en vue une série d'opérations se renouvelant successivement, qu'elles soient de banque, d'assurances, de commission, etc. L'unité de vue et de direction n'y est assurée que par les traditions qu'établissent les fondateurs, ou que le succès introduit.

[1] Locré, *Législ.*, t. XVII, p. 191 et s.

Digitized by Google

14) Dans la commandite par actions, au contraire, l'élément réel, malgré son importance, est subordonné à l'élément personnel. Par l'appel au capital, on s'y propose d'assurer l'action d'une personne déterminée, d'un inventeur habile, d'un homme réputé pour sa compétence en une matière quelconque; on y cherche bien la puissance du numéraire, mais, avant tout, celle que donnent le crédit, l'habileté, le renom du fondateur. Le gérant est la personnification de la société : c'est en son nom que se fait le négoce; c'est lui qui fait fructifier le fonds social par son intelligence et son activité ; c'est lui enfin qui est responsable : sa responsabilité vient fortifier la confiance qui repose sur la richesse de la société. De là, l'admission exclusive des associés responsables à la gestion, et l'exclusion formelle des commanditaires (art. 23, 27, 28 C. comm.); là où est la responsabilité, là doit être l'initiative.

La liberté d'action du gérant, la subordination des commanditaires : voilà les caractères essentiels de la commandite. Cette forme d'association a été excellente et n'a produit que d'heureux et féconds résultats, toutes les fois que la commandite n'a été considérée que comme l'accessoire, comme l'appoint de la fortune et de la capacité du commandité, le crédit personnel du gérant, la considération de sa personne dominant le capital; elle a échoué toutes les fois que la commandite a pris le pas sur la gérance, ou a voulu avoir autant d'autorité qu'elle. Aussi l'a-t-on souvent comparée à un gouvernement autocratique; elle est œuvre de confiance en une personne déterminée, ou de dévouement à une idée pour laquelle on consent à exposer quelques capitaux : tant vaut le gérant, tant vaut l'entreprise, excellente si le gérant est habile et honnête, détestable si elle tombe en des mains incapables ou indignes.

Ainsi comprise, la commandite par actions réunit à la plupart des avantages de la société anonyme presque tous ceux de la société en nom collectif : d'un côté, en effet, elle engage la mise des commanditaires sans compromettre le surplus de leur fortune, et en cela elle participe de la société anonyme; d'autre part, comme dans la société en nom collectif, le pouvoir du gérant est centralisé. Ainsi appliquée, elle convient aux entreprises qui reposent sur l'intelligence et l'industrie du fondateur, où le succès est le prix de cette continuité dans la pensée, de cette promptitude dans l'action que l'on ne

Digitized by Google

peut attendre que d'un gérant libre dans ses allures, chargé de diriger l'opération du commencement à la fin.

15) La pratique a-t-elle ainsi compris et appliqué la loi commerciale? Les faits répondent. Par une déviation, dont la responsabilité incombe au législateur de 1807, la spéculation, et à sa suite la jurisprudence et plus tard la loi, ont graduellement faussé les principes de la société en commandite, afin d'obtenir d'elle, sans avoir besoin de recourir à l'autorisation du gouvernement (art. 37 C. comm.), ce que l'anonymat seul aurait dû pouvoir donner. Il ne faut pas chercher ailleurs que dans ce fait l'origine et la cause des embarras qui ont si gravement compromis et compromettent encore aujourd'hui l'avenir des sociétés par actions.

16) Tout d'abord, intervertissant le rang qui appartient à chacun des éléments qui composent la société, l'usage, sous des prétextes plus ou moins plausibles, a fait prédominer l'élément irresponsable sur l'élément personnel; il a soumis la gérance à la commandite. L'indépendance, la stabilité du gérant peuvent sans doute avoir leurs dangers, mais elles sont de l'essence de cette forme d'association : l'administration doit appartenir exclusivement au gérant, l'intérêt de la société, comme les principes du droit veulent qu'il soit libre et indépendant dans l'exercice de ses pouvoirs. C'est ce qui résulte formellement des articles 42 et 43 du Code de commerce: ils veulent que les associés chargés de l'administration soient désignés par l'acte même de société, et que leurs noms soient indiqués dans l'extrait destiné à être rendu public, d'où il suit que les gérants sont irrévocables, puisque leur nomination est une des conditions de la société et doit être faite par l'acte qui la constitue; c'est ce qui résulte aussi et principalement de l'article 38, qui soumet la commandite par actions aux règles de la commandite simple, c'est-à-dire d'une association qui repose absolument sur la considération de la personne. Les gérants sont des mandataires, mais auxquels leur qualité ne peut être retirée ni pour le tout ni pour partie; ils jouissent du bénéfice de l'irrévocabilité. En cas d'excès de pouvoir seulement, de fraudes ou fautes graves, leur destitution peut être demandée à la justice; et cette destitution entraîne la dissolution de la société, qu'elle prive de son élément essentiel (art. 1856-2°; 1871 C. Nap.).

Digitized by Google

Que sont devenues ces règles si claires, si conformes à la théorie traditionnelle de la commandite? Elles ont été méconnues. L'usage s'est introduit d'abord d'inscrire dans les statuts que la révocation judiciaire du gérant serait possible sans qu'elle entraînât la dissolution de la société (Paris, 28 février 1850; S., 50, 2, 447; Req. rej., 9 mai 1860; S., 60, 1, 621); puis, faisant un pas de plus, on a permis aux commanditaires de se réserver, dans les statuts, le droit de révoquer directement les gérants, en assemblée générale, pour des causes déterminées (Req. rej.. 9 mai 1859; S., 60, 1, 442); enfin, méconnaissant tout à fait les articles 42 et 43 du Code de commerce, 1856 et 1871 du Code Napoléon, on a permis de stipuler dans l'acte de société qu'il serait loisible aux actionnaires de révoquer le gérant par une délibération prise par l'assemblée générale, ce qui rend illusoire sa nomination par l'acte de société. (Paris, 11 novembre 1848; S., 48, 2, 687;—Req. rej., 28 avril 1863; S., 63, 1, 383.) C'est toute une transformation : l'administration des commandites est ainsi confiée à des gérants révocables, passagers, ce qui altère la société dans son essence; car l'attribution de la gérance à une personne déterminée est ici la considération déterminante du contrat [1].

17) En même temps qu'elle affaiblissait ainsi la position du gérant, la pratique s'est efforcée d'abaisser, dans l'impossibilité où elle se trouvait de le détruire tout à fait, l'obstacle qui s'opposait à ce que les commanditaires prissent part à la gestion. On est frappé de nos jours de la prépondérance du gérant; quand on discuta le Code de commerce, on l'était bien plus des inconvénients pouvant résulter de l'immixtion des commanditaires dans la gestion. Une expérience récente avait appris le danger des gérants fictifs, des hommes de paille, derrière lesquels se cachent des commanditaires dirigeant réellement l'entreprise, enclins à toutes les témérités, puisqu'ils restent en dehors de toute responsabilité, puis disparaissant au jour de la ruine; le Code interdit aux commanditaires, sous peine d'une responsabilité illimitée, non-seulement la gérance, mais des actes isolés de gestion, même d'être employés pour les affaires de la société en vertu d'une procuration

[1] V. sur cette jurisprudence Bravard — Demangeat, *Droit commercial*, t. I, p. 228 et s.; Delangle, t. I, n° 176; Troplong, t. I, n° 43

Digitized by Google

(art. 27 et 28 C. comm.). Leur rôle est de surveillance et d'observation, c'est un rôle passif.

Que sont devenues ces règles si claires aussi, si conformes aussi à la théorie traditionnelle de la commandite? Les efforts constants de la pratique ont tendu à en restreindre l'application, à limiter de plus en plus les cas d'immixtion prohibée, à élargir, en un mot, l'autorité des actionnaires. L'introduction des actions au porteur dans les commandites vint d'abord fournir un moyen facile d'éluder les dispositions des articles 27 et 28; car ce mode de division du capital social, il faut bien le reconnaître, n'est guère conciliable avec la défense d'immixtion, qui suppose que les commanditaires sont connus et restent en nom dans la société : quoi de plus facile, pour des actionnaires dont les titres sont au porteur, que de dissimuler leur qualité, et de soustraire ainsi aux devoirs ou prohibitions qu'elle entraîne[1]? Mais, sans même supposer qu'on les tourne, les articles 27 et 28 ont singulièrement perdu de leur portée primitive, qui était absolue. Où finit le contrôle, où commence l'immixtion? La question est délicate; sa solution suppose bien des distinctions d'espèces. Ce qui est notoire et reconnu par tout le monde, c'est que la jurisprudence s'est efforcée de limiter de plus en plus les cas d'immixtion; cela s'est appelé émanciper les actionnaires. On a commencé par regarder les articles 27 et 28 comme n'interdisant pas les actes qui se produisent dans l'intérieur de la société, comme n'at-

[1] La question de savoir si le capital des sociétés en commandite peut être divisé en actions au porteur, ou seulement en actions nominatives, a eu un grand retentissement dans les dernières années de la Restauration; elle a mis aux prises toutes les notabilités du barreau. Dans deux consultations restées célèbres, MM. Persil et Dupin aîné, d'une part, soutenaient que la forme au porteur est incompatible avec les articles 27 et 28 du Code, M. Devaux (du Cher), de l'autre, soutenait que l'article 38, renvoyant aux règles relatives à l'anonymat, admet, comme l'article 35, l'action au porteur (*a*). Cette dernière interprétation prévalut dans la jurisprudence et la doctrine (*b*); elle a été définitivement consacrée par la loi du 17 juillet 1856 (art. 2).

(*a*) Ces deux consultations sont rapportées en entier dans Delangle, *Sociétés commerciales*, t. II, p. 82 et 94.

(*b*) Paris, 7 février 1832; S., 32, 2, 257. — *Sic* Malpeyre et Jourdain, *Sociétés commerciales*, t. III, p. 143. — Troplong, *Sociétés*, n°s 147 et s. — Delangle, *op. cit.*, t. II, p. 113. — Fremery, *Études*, p. 59. — *Secus* Horson, t. I, p. 50. — Pardessus, n° 1033.

Digitized by Google

teignant que les actes de la vie extérieure de la société, ceux par lesquels elle se met en rapport avec les tiers; on est allé plus loin, et, parmi ces derniers, on a distingué : la collaboration des commanditaires est permise tant qu'elle n'engage vis-à-vis des tiers que le nom social, tant que le commanditaire ne laisse pas croire qu'il intervient comme associé responsable. Il n'y a immixtion, en définitive, qu'autant que l'actionnaire se pose, dans ses rapports avec les tiers, comme gérant, qu'autant qu'il appelle la confiance en considération de sa solvabilité personnelle, qu'autant, en un mot, qu'il prend une qualité qu'il n'a pas[1]. La loi du 6 mai 1863 a obéi aux mêmes tendances : la jurisprudence avait restreint l'immixtion prohibée, elle en a limité les conséquences, en atténuant la responsabilité qui en résulte.

18) Ainsi, une double tendance a graduellement détruit l'irrévocabilité du gérant et affaibli son indépendance, en même temps circonscrit de plus en plus les cas d'immixtion et grandi le rôle des commanditaires. Il s'est produit dans la constitution des sociétés en commandite une révolution analogue à celle qui s'est accomplie dans l'ordre politique : la prépondérance a passé du pouvoir exécutif au pouvoir populaire.

Que les capitalistes résistent à verser leurs fonds sans se réserver le pouvoir d'en régler l'emploi, rien de plus légitime; que l'on ait eu en conséquence la pensée, afin d'attirer les capitaux dans la spéculation, d'assurer aux actionnaires la possibilité de surveiller efficacement leurs intérêts, c'est-à-dire de participer plus directement à la gestion, rien de plus naturel ni de mieux avisé. Mais la question n'est pas là; il s'agit de savoir si la combinaison de la commandite se prête à ces vues, auxquelles répond d'ailleurs si complétement l'anonymat. Or il est certain que non : il y a une véritable opposition entre la tendance à donner la suprématie au capital, et à la théorie traditionnelle de la commandite. On l'a oublié; qu'en est-il résulté? C'est que la commandite, telle qu'elle est sortie des transformations qu'a consacrées la jurisprudence, est formée d'élé-

[1] V. Civ. rej., 17 janvier 1851; S., 55, 1, 90. — Req. rej., 29 juin 1858; S., 59, 1, 483. — Civ. rej., 24 mai 1859; S., 59, 1, 918. — Req. rej., 21 décembre 1863; S., 64, 1, 229. — 9 février 1864; S., 64, 1, 89. — Consult. sur cette jurisprudence Bravard — Demangeat, t. I, p. 239. — Duvergier. *Revue étrangère*, t. IX, p. 731 et s.—*Revue pratique*, t. X, p. 159 et s.

Digitized by Google

ments contradictoires, dont l'antagonisme rend impossible le jeu régulier de l'institution. Il en est advenu d'elle comme des sociétés politiques qui auraient la prétention d'être démocratiques sous une constitution reposant sur le principe du gouvernement personnel, où la souveraineté populaire voudrait se produire sans que l'organisation constitutionnelle s'y prêtât : il y a eu conflit, lutte, et dès lors affaiblissement. Dans la société anonyme, de même que dans la commandite du Code, il n'y avait qu'un maître : ici le gérant, là les actionnaires ; dans la commandite telle que l'a faite l'usage, il y en a deux : le gérant d'une part, les actionnaires de l'autre, situation fausse où le conflit était inévitable. Qu'il y ait des sociétés où les pouvoirs sont bien équilibrés et l'harmonie parfaite entre eux, ce n'est pas douteux; ces heureuses exceptions n'empêchent pas les deux éléments d'être toujours en présence, le plus souvent en lutte : personne n'ignore que la difficulté presque insurmontable à laquelle se heurtent les commandites, dès qu'on cesse d'y voir exclusivement une œuvre de confiance en une personne déterminée, c'est de concilier les pouvoirs du gérant avec les prétentions des commanditaires. Si les commanditaires se renferment dans la stricte légalité, leurs intérêts sont à la merci d'un gérant incapable ou infidèle; ils ne peuvent ni lui donner l'impulsion qui leur paraît bonne, ni résister à sa direction s'ils la croient mauvaise; les assemblées générales sont réduites à l'examen rétrospectif de faits accomplis : toute délibération, tout acte qui sortirait des limites qui leur sont imposées pourraient constituer une immixtion, et faire encourir la redoutable responsabilité établie par les articles 27 et 28 du Code de commerce. Si, au contraire, les conventions statutaires restreignent les pouvoirs de la gérance, si elles en transportent une partie à l'assemblée générale, elles ont un double inconvénient : elles ne font pas disparaître le danger de l'immixtion, car il ne dépend pas des parties de déroger à une disposition protectrice du droit des tiers; de plus, le gérant, dépouillé de son autorité, se trouve dans cette position singulière qu'il est exposé à la responsabilité d'actes dont il n'a pas la libre initiative. Pareilles conventions énervent la gérance, sans donner aux actionnaires un pouvoir vraiment effectif; le résultat est inévitable : c'est l'affaiblissement d'une des plus utiles et des plus ingénieuses combinaisons du prin-

Digitized by Google

cipe d'association. Ainsi dénaturée, la société en commandite est devenue impropre aux entreprises sérieuses; les habiles s'en sont servis pour exploiter la crédulité : elle s'est discréditée.

19) D'où est venue cette déviation dans la pratique des commandites? Il n'est guère possible de s'y méprendre ou de se faire illusion : elle s'explique par les entraves que les articles 37 et 40 du Code de commerce mettaient à l'établissement des sociétés anonymes.

C'était, en effet, l'anonymat, avec sa constitution simple et logique, que le Code de 1807 offrait aux actionnaires qui veulent participer à l'administration, diriger eux-mêmes l'entreprise, tout en n'encourant qu'une responsabilité restreinte; la garantie qui, dans la commandite, résulte pour les intéressés de la responsabilité indéfinie du gérant, y est remplacée par l'intervention de l'État, qui n'autorise la société qu'après examen et approbation des statuts. Mais la formation des sociétés anonymes est entourée de difficultés qui ont rendu, et qui devaient rendre cette forme d'association inabordable aux opérations habituelles du commerce. L'industrie est jalouse de son indépendance; elle se montre moins touchée des garanties qu'offre l'intervention de l'État que des difficultés et des lenteurs qu'elle occasionne; elle n'en subit le contrôle qu'avec défiance : elle y craint trop d'arbitraire, mêlé à trop de puissance. De plus, il est des cas fréquents où une affaire ne peut s'engager qu'à la condition d'être immédiatement conclue, où l'opportunité est la première condition de succès; or l'anonymat autorisé impose des lenteurs toujours gênantes, parfois funestes : il faut produire des justifications, attendre le résultat de l'instruction qui précède le décret. Enfin, nul ne l'ignore, et les faits ne l'ont que trop souvent rappelé, la tutelle nécessairement bornée de l'État ne dispense ni les associés de cette vigilance qu'inspire l'intérêt personnel, ni les tiers de cette prudence que donne le sentiment de la responsabilité. Aussi la spéculation n'a-t-elle eu recours qu'exceptionnellement à une espèce d'association où ni la formation ni la durée de la convention ne dépendent de la seule volonté des parties, puisqu'il leur faut une autorisation, et que cette autorisation peut toujours être retirée.

Pour éviter la nécessité de l'autorisation, sans cependant

Digitized by Google

abandonner les avantages de l'anonymat, le commerce et l'industrie, au nom du grand principe de la liberté de conventions, se sont efforcés d'approprier la commandite à leurs convenances, de la transformer en association de capitaux ; et les prévisions de Cambacérès se sont justifiées : la commandite par actions est devenue une véritable société anonyme, moins l'autorisation. Mais pour en arriver là, il a fallu altérer les principes et fausser la théorie : il a fallu donner au capital, c'est-à-dire aux actionnaires, une suprématie que la théorie réservait exclusivement à la gérance, c'est-à-dire aux associés en nom; et la commandite dénaturée, employée pour des opérations en vue desquelles elle n'est pas faite, n'a plus offert qu'une combinaison mal réglée, qui n'a que trop souvent compromis les intérêts qu'on lui a confiés.

20) Une réforme était devenue nécessaire. Dès les premières années qui suivirent 1830, il eût été possible de dire en quoi elle devait consister : il fallait rendre libre l'accès de l'anonymat; c'était le seul moyen de régénérer la commandite, en la ramenant à son rôle naturel, et de rectifier une pratique qui se fourvoyait. Mais un autre élément de perturbation survint alors, qui fit prendre le change sur la véritable cause des embarras que traversait la spéculation : le fléau de l'agiotage.

21) A certaines époques, soit lassitude, soit découragement, l'esprit public oublie, écarte même, comme les redoutant, les préoccupations religieuses, sociales ou politiques, et les nobles soucis qu'elles donnent; il s'abandonne aux intérêts matériels : les manieurs d'argent deviennent les rois du jour. C'est le signe le moins équivoque des temps abâtardis ; car, quoi que l'on puisse dire, l'homme ne vaut que par l'élévation de l'esprit; c'est l'histoire de certaines époques bien connues. On a remarqué que ces fièvres du jeu ont toutes eu trois années de durée : en Hollande, de 1634 à 1637, c'est la fameuse spéculation sur les tulipes; en France, de 1717 à 1720, ce sont les frénésies de la rue Quincampoix ; l'Angleterre a traversé les mêmes phases : le XVIIIe siècle a été pour elle une époque d'agiotage et de ruine. La création de la compagnie des mers du Sud, les encouragements et les efforts du gouvernement pour lui créer une importance artificielle surexcitèrent l'esprit d'aventure et de convoitise. Attirée par de brillantes promesses, séduite par des bénéfices imaginaires, rêvant des moyens de

Digitized by Google

fortune inconnus, la crédulité publique accueillit bientôt les entreprises les plus hasardeuses. Puis les espérances entretenues à grand bruit tournèrent en décep tions; la compagnie des mers du Sud sombra, et avec elle toutes les entreprises créées à son image: le commerce anglais traversa sa plus redoutable crise. Qu'on lise dans Anderson [1] le récit de ces désastres, on trouvera le tableau des dernières années de la Restauration, et du commencement de la monarchie de Juillet.

22) Ce fut le temps des grandes ruines et des fortunes scandaleuses; c'est celui où Robert Macaire fondait des commandites pour exploiter les brouillards de la Seine, avec les ressources que lui assurait sa profonde connaissance de toutes les banques. Les piéges n'étaient ni bien compliqués ni subtils; car on ne sait ce qui doit le plus étonner, de l'effronterie de ceux qui les tendaient ou de la crédulité de ceux qui s'y laissaient prendre! On enviait ces fortunes rapides dont la conquête ne coûtait, en apparence, ni travail ni peine, un peu d'habileté seulement et pas de scrupules; et l'on se jetait dans les entreprises les plus folles : des mines invraisemblables ou épuisées, des brevets imaginaires, des découvertes connues depuis des siècles, tout devenait matière à commandite. Ici des administrateurs simulent des embarras, en apparence insurmontables; ils rachètent en baisse toutes les actions, et se trouvent propriétaires exclusifs d'une entreprise florissante. Là, des fondateurs se réservent, dans l'acte de société, des avantages outrés; ils leurrent les associés, accourus au bruit des prospectus, par la distribution des dividendes pris sur le capital; pendant ce temps, ils ont profité de la hausse et se sont enrichis, et la société tombe, ne laissant aux mains des crédules qu'un papier sans valeur qu'attend une dépréciation prochaine et certaine. C'est toujours dans la facilité de vendre et d'acheter les titres que l'agiotage a trouvé son principal aliment: il se distingue de la spéculation vraie qui opère sur des valeurs réelles, en ce qu'il a plus de ressources dans l'esprit que dans la bourse. Ce qu'il y a de plus triste, c'est que les dupes ne le cédèrent pas toujours aux habiles en âpreté au gain, et en indifférence sur la moralité des moyens. L'es-

[1] *An historical and chronological deduction of the origin and progress of commerce*, t. II, p. 288; Londres, 1764.

Digitized by Google

prit d'association, d'après la définition qu'en donnait, en 1837, M. Vincent, alors conseiller d'État, était devenu « l'art d'allécher les petits rentiers en leur promettant de bons dividendes, et les gros capitalistes, qui ont peu de foi aux gros dividendes, en leur mettant entre les mains des actions, à revendre en hausse à la Bourse[1]..... » Il y eut même une école qui poussa l'effronterie jusqu'à élever la duperie à la hauteur d'un système ; un fin romancier n'a-t-il pas mis ces mots dans la bouche de son triste héros : « Dans la spéculation financière, comme dans les batailles, il y a ce qu'on peut appeler la chair à canon, et si l'on s'en préoccupait trop, on ne ferait rien de grand? »

Vers 1838, le désordre économique et moral était manifeste. L'ardeur de gagner par des spéculations dont on n'avait pas la clef, en d'autres termes le goût de l'agiotage, avait pénétré dans les classes où il était inconnu jusque-là, apportant avec lui les aspirations malsaines de la cupidité. Or, toujours funeste, le jeu devient une véritable calamité quand il atteint l'épargne du pauvre ; il augmente le nombre des prolétaires et il aigrit les esprits : comment le pauvre qui donne son pécule ne se croirait-il pas la dupe du riche qui l'a reçu? A la suite des procès qu'avait amenés la chute de sociétés maladroitement ou frauduleusement conduites, une clameur générale s'était élevée contre la spéculation, telle qu'on la pratiquait alors; et c'était justice, car l'agiotage, sans compter les ruines qu'il accumule, n'est pas moins funeste à la fortune qu'à la morale publique : il épuise, sans profit, des forces qui, autrement employées, seraient productives, et la sagesse la plus vulgaire enseigne que tout ce qui donne à l'homme l'habitude ou le goût du hasard le corrompt. Sollicités par l'opinion, les pouvoirs publics se virent forcés d'intervenir. Mais que fallait-il faire, où était la cause du mal?

23) Instruits que nous sommes par une expérience plus longue, il nous est aujourd'hui possible de le dire : la cause du mal est dans l'affaissement des mœurs, et dans l'ignorance des masses. Si l'agiotage a trouvé tant de dupes dociles, c'est que les notions du crédit, de ses procédés et de ses instruments ne sont pas assez connues du public ; s'il s'est montré éhonté, il

[1] *Des sociétés par actions*, p. 2.

Digitized by Google

faut l'imputer à nos lâches indulgences pour l'effronterie enrichie et les fortunes mal acquises.

Dès 1787, alors que l'émotion causée par la chute de la banque de Law était encore vive et récente, Mirabeau s'écriait : « Faut-il proscrire tout agiotage, et sévir contre les conventions libres? Non, pas même quand ces conventions sont nuisibles aux contractants : leur liberté est plus importante encore que leur richesse; mais il faut appeler les lumières, les livres, la liberté de la presse, seuls remèdes infaillibles de ces funestes maux. Il ne faut pas de punition légale contre ceux qui s'adonneraient à la funeste passion du jeu; il faut seulement conduire l'opinion publique à décerner contre eux la punition qui n'est jamais bravée : celle du mépris universel[1]. » Rien de plus sage que ces conseils; qu'on se garde de n'y voir qu'une utopie? Le public doit se persuader que c'est à lui de faire ses affaires, et que le frein d'une opinion vigilante et énergique est plus puissant que la loi à prévenir les grandes fraudes financières; quand les actionnaires seront plus circonspects, et le pays moins tolérant, la spéculation sera plus honnête.

24) Il y aurait sans doute exagération à ne pas reconnaître que les sociétés par actions se prêtent plus que les autres formes d'association aux combinaisons de la fraude. Elles abordent des entreprises immenses : le désastre, quand elles échouent, est immense aussi; on y cherche des chances illimitées de gain tout en ne s'exposant qu'à des chances limitées de perte : il y a toujours à craindre que les fondateurs ou administrateurs n'y poussent la hardiesse jusqu'à la témérité. Ce qui revient à dire qu'elles sont une force considérable, bonne ou mauvaise dès lors, comme toute force, selon l'usage que l'on en fait : *optimi corruptio pessima*. Leur mode de constitution se prête d'ailleurs à ce que l'on trouve facilement en elles une occasion et une forme du jeu. Dans les contrats ordinaires, où les parties discutent personnellement et contradictoirement leurs intentions, l'intérêt éveille et assure la prudence; c'est ce qui a lieu dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple; créées en vue des personnes, autant et plus que des capitaux, elles mettent les intérêts face à face, elles pro-

[1] *Dénonciation de l'agiotage au roi et à l'Assemblée des notables.*

Digitized by Google

voquent entre eux une discussion contradictoire et par là même sérieuse; elles offrent aux associés, comme aux tiers, les garanties des conventions ordinaires. Il en est tout autrement de ces créations artificielles, de ces agrégations de capitaux, sans responsabilité personnelle, comme dans la société anonyme, ou avec une responsabilité affaiblie, comme dans la commandite. D'une part, le capital étant divisé en un grand nombre de petites coupures, les actionnaires, tout en représentant en masse un capital considérable, n'ont cependant, pris isolément, que des intérêts secondaires; leur position vis-à-vis des fondateurs est inégale. D'autre part l'acte est rédigé en dehors des parties par les promoteurs de l'entreprise; les actionnaires ne deviennent associés que par la souscription; ils ne discutent pas les statuts précédemment rédigés par les fondateurs, ils y adhèrent en souscrivant sans avoir pris bien souvent la peine de les lire, sur l'appel d'une annonce: par une imprévoyance inexplicable, tel qui se montrerait des plus circonspects, des plus défiants même dans une opération avec un particulier, mettra son argent dans une société par actions sans connaître les ressources de l'entreprise, sans même, parfois, s'enquérir de son but! Que les habiles songent à exploiter une telle situation, à profiter d'une telle disposition d'esprit; c'est tout simple. Mais si les actionnaires sont imprévoyants, s'ils ferment l'oreille aux conseils de la prudence, pourquoi prendre souci d'une surveillance qu'ils se refusent à exercer eux-même? Tant pis pour les étourdis qui se laissent prendre aux séductions des prospectus : leur exemple sert à l'éducation industrielle du public; ils ne sont dignes, après tout, que d'un médiocre intérêt: n'est-ce pas la cupidité qui les rend aveugles ou téméraires? Quand on aura appris à ses dépens qu'on ne peut obtenir qu'un profit modéré des capitaux qu'on engage, que l'on risque tout quand on court après des bénéfices imaginaires, on reviendra au véritable esprit d'association.

Ici, comme toujours, le correctif de la liberté, c'est la responsabilité. La leçon suit de près la faute d'avoir recherché des bénéfices aléatoires et le regret d'avoir été dupés; éclairée par le scandale de certaines entreprises et l'éclat de quelques débats judiciaires, effrayée de ses propres excès, la pratique devenait moins confiante déjà et moins crédule quand la ques-

Digitized by Google

tion de la réforme fut portée devant la Chambre. Les fautes sont l'école des hommes; on apprenait à connaître la constitution des sociétés et leur organisation, la formation et la division du capital social, le caractère de ces titres connus sous le nom d'actions, leur valeur réelle, les garanties qu'ils présentent, les chances auxquelles ils exposent. L'exagération et l'aveuglement sont nécessairement passagers; encore un peu de temps et, l'expérience aidant, on eût compris que pour prévenir les abus, autant que faire se peut, il suffit de la vigilance des intéressés et des pénalités de droit commun.

25) Ces vues ne devaient triompher que plus tard; l'opinion publique s'égara d'abord : extrême en tout, comme elle l'est trop souvent dans notre pays, elle passa de l'excès de confiance à l'excès de la défiance. Des intérêts nombreux avaient été compromis dans des sociétés par actions, on s'en prit à cette forme d'association; et, ainsi que l'écrivait M. Troplong en 1843, « au lieu de faire le procès aux intrigants devant la police correctionnelle, on fit le procès au Code devant les Chambres[1]. » Ce qui était la faute des hommes et des mœurs, on l'imputa à la loi; les projets de réformes apparurent de toute part; ils ne se proposaient rien moins que de mettre un terme aux abus et d'en prévenir le retour.

26) Aucun d'eux n'atteignait la société anonyme. Elle avait échappé au discrédit : la commandite avait eu les préférences de la spéculation aventureuse; d'ailleurs, elle était soumise à deux règles, dont l'une au moins, la seconde, paraissait remplacer surabondament toute autre précaution : elle ne pouvait être établie que par acte authentique (art. 40, C. com.), elle ne pouvait être constituée qu'après approbation des statuts, sur l'avis du conseil d'État, et avec l'autorisation du gouvernement (art. 37 C. com.). Les fondateurs peuvent fixer à leur gré le chiffre et le mode de division du capital, régler librement l'organisation et la gestion de la société, sous la seule condition de faire approuver les statuts; telle était la doctrine du Code. L'administration, dépositaire du droit de protection et de surveillance, doit examiner les statuts, s'assurer qu'ils ne contiennent rien de contraire aux lois, aucune clause compromettante pour les intérêts des actionnaires ou des tiers;

[1] *Sociétés*, introd., p. 94.

Digitized by Google

elle doit constater que la société n'est pas un piége tendu à la crédulité; que l'objet de la spéculation est licite et réel; qu'il existe, non un vain prospectus sur une idée sans consistance, mais un acte social sérieux; qu'il y a des actionnaires véritables, non pas seulement des associés fictifs ne figurant qu'en apparence et pour provoquer des engagements réels; que les capitaux annoncés existent réellement et sont proportionnés à l'entreprise, et que leur versement est suffisamment assuré; que les formes d'administration et le mode de gestion offrent aux associés des garanties suffisantes et, en tout cas, des moyens efficaces de surveillance. En un mot, l'administration ne doit donner l'autorisation qu'après avoir examiné si l'entreprise mérite approbation au triple point de vue de la société, afin qu'elle prospère, du public, afin qu'il ne soit pas trompé, des actionnaires, afin qu'ils ne soient pas sacrifiés; elle peut en outre imposer telle condition qu'elle juge opportune, même organiser une surveillance permanente sur les opérations, au moyen de commissaires, afin d'assurer l'observation des prescriptions jugées utiles dans l'intérêt général. Cette tutelle, pensait-on, rend toute réglementation superflue; l'expérience n'avait pas encore conduit à mettre en doute l'efficacité de l'intervention de l'État.

27) Restait la commandite par action, dont le nom avait abrité les fraudes les plus connues. Allant droit aux mesures extrêmes, le projet présenté au pouvoir législatif en proposait la suppression absolue[1]. C'était un retour au premier projet du Code de commerce : l'anonymat autorisé y était la seule forme admise de société par actions; c'eût été une mesure désastreuse, comme le sont inévitablement les résolutions légis-

[1] V. l'exposé des motifs de M. Barthe, et le projet (*Moniteur* du 16 février 1838). — Dans le même sens, Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 89; — Vavasseur, *Liberté des sociétés par actions*, broch. in-8°, 1861. — Une réaction analogue s'était produite en Angleterre au XVIIIe siècle. Afin de monopoliser l'argent des spéculateurs, la compagnie des Mers du Sud obtint contre ses rivales, auxquelles elle avait fait donner le sobriquet de *bubbles*, bulles de savon, un acte célèbre : le *bubble act*, qui punissait rigoureusement le délit d'agir illégalement comme corporation en divisant le capital social en actions transférables; ce qui équivalait à n'admettre le système des actions que dans les sociétés autorisées.— Cons. sur l'origine, l'effet et la désuétude du *bubble act*, E. Ollivier, *Des sociétés anglaises; Revue pratique*, t. XXI, p. 14 et s.

Digitized by Google

latives improvisées pendant la panique. Supprimer l'usage n'a jamais été un moyen de détruire l'abus; d'ailleurs la commandite est entrée profondément dans les habitudes industrielles, elle a rendu de véritables services, car, lorsqu'elle est honnêtement conçue, loyalement conduite, elle constitue un mécanisme ingénieux et puissant sans lequel des travaux heureusement achevés eussent été impossibles. Après deux mois d'examen, la commission de la chambre déposa son rapport, et un contre-projet qui consacrait la suppression de la commandite par actions au porteur (art. 2), mais qui, contrairement au projet du gouvernement, maintenait la commandite par actions nominatives (art. 1)[1]; il la soumettait seulement à un ensemble de conditions déterminées, dont le but était de moraliser la commandite en la réglementant, de rendre impossibles, ou du moins plus rares, les fraudes dont l'expérience avait démontré la fréquence.

Lors de la confection du Code, le législateur ne s'était guère préoccupé que de créanciers sociaux; on songeait surtout aux sociétés que l'on avait vu former, dans les années précédentes, par des capitalistes qui voulaient garder la position de commanditaires, tout en gérant eux-mêmes sous le nom de complaisants, de manière, en cas d'insuccès, à se retirer devant les créanciers, sans autre perte que celle de leur mise; de là les

[1] V. le rapport de M. Legentil, et le projet qui l'accompagne (*Moniteur* des 24 et 25 avril 1838). Lors de la discussion de la loi du 23 mai 1863, M. E. Ollivier, reprenant en partie les idées du contre-projet de 1838, demandait encore la suppression, dans la commandite, des actions au porteur; leur admission, d'après lui, serait un obstacle insurmontable à toute bonne loi sur cette forme d'association (*Moniteur* du 4 mai 1863). — La législation anglaise n'offre pas de combinaison analogue à notre commandite : dans toutes sociétés le sort des associés est uniforme, le même pour tous, on n'y distingue pas la gérance et les actionnaires; toutefois il est assez remarquable qu'elle n'autorise les actions au porteur que dans les sociétés ou corporations autorisées, dont le bill d'établissement est la seule loi. La loi de 1857 (art. 5 et 6) permet bien aux *joint-stock companies* de convertir les actions en valeurs librement négociables, dès qu'elles sont libérées : jusque-là elles ne peuvent être transférées qu'avec l'approbation des directeurs; mais, même alors, les titres restent nominatifs. On estime que c'est là une garantie sérieuse contre l'agiotage, ceux qui s'y livrent reculant à mettre leurs noms sur des titres sans consistance ou décriés. — Cons. E. Ollivier, *Des sociétés anglaises; Revue pratique*, t. XXI, p. 17; t. XXIII, p. 290. — V. sur ce point d'intéressantes recherches de législation comparée, Vavasseur, *Liberté des sociétés par actions*, p. 41 et s.

Digitized by Google

articles 27 et 28 du Code de commerce. L'objectif change : désormais on se préoccupe surtout des actionnaires, de la gent aux longues oreilles; la loi veut avant tout défendre les intérêts qui s'engagent dans les compagnies industrielles ou commerciales. Le terme de la session approchait, la discussion ne put commencer; à la session suivante, l'attention fut appelée ailleurs, le projet fut oublié.

28) Les meilleurs esprits, les hommes dont l'opinion faisait alors et fait encore autorité en ces matières, s'en félicitèrent hautement. M. Troplong malmenait vivement « cette manie de tout réglementer, même ce qui est déjà codifié, de tout enchaîner par des textes revus, corrigés, augmentés, de tout administrer, même les chances et les revers du commerce[1] » M. Delangle reprochait à la commission de la Chambre d'avoir proposé « une série de dispositions incohérentes et tracassières, pires assurément que la prohibition[2]. » Avant eux, M. Wolowski, poursuivant le projet de sa vive critique, en avait dévoilé l'inanité et les dangers[3].

La réforme de la loi sur les sociétés fut remise à l'étude; elle y est demeurée depuis, pour ainsi dire, d'une manière permanente. Pour le moment, elle n'était plus urgente; grâce à l'éclat de quelques procès retentissants qui se terminèrent par des condamnations correctionnelles, aux discussions de la presse, au persiflage de la comédie, la leçon fut profitable : l'orage passa.

Après 1852, des faits analogues à ceux que l'on avait déplorés après 1830 appelèrent de nouveau l'attention des pouvoirs publics. L'exagération des travaux, la précipitation un peu artificielle d'entreprises de toute sorte, cette fièvre de convoitise qui apparaît invariablement au lendemain des commotions politiques, poussaient les esprits vers la spéculation aventureuse; on put craindre, à de graves symptômes, le retour des hontes et des désastres de 1836 et de 1837. Le contre-projet de 1838 fut repris, malgré les vives critiques qui l'avaient accueilli. Il ne pouvait plus être question de supprimer la commandite par actions, même la commandite par actions au porteur : personne n'y songea; le législateur crut qu'il pourrrait

[1] *Sociétés*, introd., p. 96.
[2] *Sociétés*, t. II, p. 118.
[3] *Revue de législation*, t. VII, p. 258.

Digitized by Google

par certaines règles, les unes préventives, les autres répressives, empêcher le renouvellement des abus de la commandite, tout en lui laissant la puissance de son principe : tel fut le but de la loi du 17 juillet 1856. CH. BEUDANT.

(*La suite à une autre livraison.*)

L'ADMINISTRATION DES TRAVAUX PUBLICS A ROME [1],

Par M. Edmond LABATUT,
secrétaire de la Société française de numismatique et d'archéologie.

Sous la dénomination d'*édilité*, on comprenait, à Rome, toutes les fonctions municipales qui sont aujourd'hui placées entre les mains des préfets, des maires, des commissaires de police. La plus grande différence entre les deux régimes consiste surtout en ce que, dans l'organisation moderne, ces deux attributions sont confiées à un plus grand nombre de fonctionnaires portant chacun un nom spécial et avec des offices plus limités. Ce que nous désignons sous le nom d'*édilité* ne comprend qu'une partie des fonctions édilitiennes de Rome; c'est ainsi que nos préfets de département font des arrêtés, etc., qui rentraient autrefois dans le ressort du pouvoir municipal.

Si nous prenons une ville de province ou Paris, la position change encore, le régime n'est plus le même, les attributions sont modifiées.

Dans la division de ce travail nous ne tiendrons donc aucun compte de l'organisation de notre police municipale.

Nous parlerons ici de la *cura urbis*, en prenant ces mots dans une acception assez étendue.

CHAPITRE II.

LES AQUEDUCS ET LES ÉGOUTS.

Le régime des eaux tient une place importante dans la législation romaine, et ces dispositions aussi habiles que nom-

[1] Extrait d'un mémoire sur l'édilité romaine, couronné par l'Académie de législation.

Digitized by Google

breuses seraient encore utilement consultées par les administrateurs modernes du service hydraulique.

Par une bonne fortune, un traité spécial sur cette matière est parvenu jusqu'à nous, c'est celui de Frontin. Il a écrit alors que l'empereur Nerva venait de lui confier l'intendance générale des aqueducs, et nous lisons dans sa préface ces quelques mots que nous voudrions pouvoir soumettre aux méditations de nos fonctionnaires : « Il n'y a rien de plus honteux pour nos administrateurs que de n'agir que d'après le conseil de leurs agents; ce qui doit nécessairement arriver toutes les fois que le chef, faute d'expérience, est obligé d'avoir recours à ceux qu'il devrait diriger, et qui, bien que nécessaires, ne peuvent être regardés que comme les mains et les instruments des administrateurs. »

Grâce à ce zèle inaccoutumé, nous possédons un ouvrage qui, au milieu de bien d'autres qualités, a pour nous le mérite tout spécial de nous faire connaître une partie des attributions édilitiennes, qu'il eût été autrement fort difficile de constater.

Nous diviserons l'administration des eaux en trois parties :

1° Construction des aqueducs;

2° Surveillance et réparation des conduits;

3° Concessions et répartitions des eaux.

1° Pour ce qui concerne la construction des aqueducs, nous devons tout d'abord, quoi qu'on en ait dit, écarter la compétence de l'édile; ces travaux regardaient seulement les censeurs. Si nous trouvons le nom de l'édile Agrippa, le gendre d'Auguste, attaché à la fondation de deux grands aqueducs, c'est un fait exceptionnel. Ce riche et généreux Romain voulut doter le peuple de ces grands monuments; il en fit seul tous les frais, profitant du droit que lui donnait son titre d'édile, de s'occuper des travaux publics, pour utiliser ainsi sa fortune. Les Romains avaient un mot pour caractériser les actes de générosité de ces magistrats, la *largitio ædilitia* [1].

Agrippa fit venir à Rome l'eau Julia et l'eau vierge, rétablit les aqueducs presque en ruine de l'Appia, de l'Anio et de la Marcia, enfin créa dans la ville un nombre considérable de fontaines jaillissantes.

La population avait pris un tel développement, que ces

[1] Dion, XLIX, 43. — Frontin, *De aq*, 91.

Digitized by Google

nouveaux aqueducs étaient devenus indispensables; ajoutons aussi que pendant les guerres civiles on s'était si peu occupé de travaux d'utilité publique que les anciens tombaient en ruine.

La construction des aqueducs dérive donc, non des attributions ordinaires de l'édile, mais de ce qu'on appelait la *largitio ædilitia*.

Si nous parcourons en effet la liste des aqueducs de Rome, nous reconnaîtrons qu'ils ont tous été établis par les censeurs. En 412, l'eau Appia est amenée par Appius Claudius; en 481, celle du vieux Anio par M. Curius Dentatus; en 627, l'eau Tapula est conduite par Cn. Servilius Cépion, et C. Cassius Longinus.

Tous ces personnages exécutèrent ces travaux pendant leur censure. Nous voyons seulement que l'eau Marcia fut amenée dans Rome par le préteur Marcius (608 de Rome); c'est là encore une exception.

Les censeurs avaient dans leur département l'entreprise de tous les grands travaux publics, qu'ils effectuaient avec les fonds de l'État, sur les excédants des recettes, à chaque renouvellement de lustre [1].

§ 2. — Pour ce qui concerne la réparation et la surveillance des aqueducs, il faut distinguer les usages en vigueur sous la république et sous l'empire.

Auguste confia d'abord l'administration des eaux à l'édile Agrippa, dont nous avons constaté les remarquables travaux. A sa mort, cette charge passa entre les mains de M. Valérius Messala, ancien consul, avec le titre de *curator aquarum;* on lui donna deux aides. Une opinion unanimement acceptée tend à établir que nous voyons paraître alors, pour la première fois, cette fonction de *curator*. Mais une célèbre inscription du musée de Toulouse, où il est question de la loi Visellia, et dont

[1] Pour tous ces détails, V. Frontin, *De aq.*, V à XIV. — Pline, *H. N.*, XXXVI, 15. — Tite-Live, IX, 26. — Dion, XLIX, 3. — Orelli, 539.

Appius Claudius Cæcus, fils de Caius, censeur, deux fois consul, dictateur, trois fois interroi, deux fois préteur, deux fois édile curule, questeur, trois fois tribun militaire, etc., paya, pendant sa censure, la voie Appienne et amena l'eau dans la ville. IN.CENSVRA.VIAM.APPIAM.STRAVIT.ET.AQVAM.IN.VRBEM.ADDVXIT.etc.

Orelli, 54. — Spanheim, *De usu*, etc., p. 582.

Digitized by Google

M. Henzen a fixé la date à l'an de Rome 682 ou 71 avant notre ère, prouverait au contraire que cette charge est antérieure à Auguste; elle mentionne en effet un *curator aquarum*. Si l'on ne veut pas admettre l'antériorité de cette fonction malgré ce témoignage, et tout en acceptant la date fixée par M. Henzen, il faut croire que ce titre de *curator aquarum* avait été donné exceptionnellement à un personnage avant la création officielle de cette magistrature.

De nombreuses inscriptions rappellent l'existence de ces *curatores;* nous y voyons les noms des hommes les plus considérables de l'empire[1].

La durée de cette charge n'était pas déterminée comme celle du *curator alvei Tiberis*[2].

A côté de ce fonctionnaire et sous ses ordres, nous trouvons, depuis le principat de Claude, le *procurator ejusdem officii*[3], nommé ou tout au moins présenté par le curateur[4].

Frontin nous apprend[5] que de son temps les réparations considérables étaient effectuées par les *redemptores* entrepreneurs, et les autres par les ouvriers spécialement attachés à ces édifices, sous la direction de l'administration.

Deux compagnies d'esclaves faisaient ce service, l'une appartenant à l'État et l'autre à l'empereur; la première composée de 240 hommes, la seconde de 460; ces deux troupes formaient tout le personnel nécessaire pour l'exécution des travaux. Il y avait les surveillants, les contrôleurs, les gardiens du château, les paveurs, etc.[6]... Ces ouvriers suffisaient à l'entretien ordinaire des aqueducs qui nécessitaient des réparations continuelles. Ce n'était donc que dans des cas extraordinaires que l'on avait recours aux entrepreneurs des travaux publics.

[1] Orelli, Henzen (60, 753, 1054, 3012, 3151, 3183, 3265, 5432, 5447), 3162, 4163, 6481.

[2] Borghesi, *Epigr.*, p. 73, etc. — Henzen, 5431. Le célèbre jurisconsulte Nératius Marcellus fut curateur des eaux. — Momsen, *I. N.*, 4933. — Henzen, 5447.

[3] Henzen, 6337. — Bœck Corp., *I. G.*, 6627.

[4] Orelli, 60, 1047, 1054, 1194, 2284.— Gruter, p. 3, n° 6; p. 178, n° 6. — Momsen, *I. N.*, 4026.

[5] *De aq.*, 119.

[6] *Loc. cit.*, 115 à 125. Frontin entre ici dans des détails intéressants; nous y renvoyons nos lecteurs.

Digitized by Google

Sous la république, au contraire, l'usage était d'affermer les travaux à exécuter, quelque minime que fût leur importance. Les fournisseurs publics étaient tenus d'avoir un certain nombre d'esclaves employés constamment à la réparation des aqueducs, tant dans Rome que hors de Rome. De plus, et sans doute pour éviter toute fraude, le nom de tous ces ouvriers, l'ouvrage dont ils étaient chargés et le quartier où il devait être fait étaient inscrits sur des registres publics; par ces moyens, le contrôle des magistrats s'exerçait plus facilement et plus sûrement.

« Le soin d'approuver les ouvrages exécutés, dit Frontin [1], était confié tantôt aux censeurs, tantôt aux édiles. »

Mais demandons-nous maintenant auquel de ces deux fonctionnaires appartenait le droit de donner ces travaux à l'adjudication?

Il nous paraît incontestable que toutes les fois que la république avait un censeur en charge, c'est à lui qu'appartenait le droit de choisir l'adjudicataire, d'ordonner ces travaux, de les approuver. Nous venons de le dire, toutes les grandes entreprises sont réservées à ces magistrats. « La plus forte dépense de l'État, dit Polybe [2], est celle que les censeurs font tous les cinq ans pour élever et réparer les édifices, c'est le sénat qui l'autorise et qui leur donne le pouvoir de la faire [3].

Mais, d'un autre côté, nous n'hésitons pas à admettre qu'en l'absence des censeurs les édiles devaient eux-mêmes les suppléer dans leurs fonctions, donner ces travaux à l'entrepreneur, en un mot administrer.

Pour le contrôle des ouvrages exécutés et pour leur acceptation, on ne saurait avoir le moindre doute, le texte de Frontin est formel [4].

[1] Frontin, *De aq.*, 98.

[2] *Hist. génér.*, VI, 13.

[3] Dig., L. 3, § 6, *De jure fisci*, XLIX, 14. — L. 3, § 1, *De adm. rerum;* L. 8.

[4] Les textes que nous donnons permetttent de se rendre exactement compte du système employé pour l'exécution de ces travaux publics, qui peut se résumer dans la *locatio* et la *probatio* (Cicéron, *in Verr.*, 1, 54 à 57. — Polybe, VI, 7. — Festus, v° *Redemptores*).

Quant au droit de donner des travaux à l'entreprise, il appartient en principe au censeur et, suivant les circonstances, aux édiles, aux triumvirs (Tite-Live, XXV, 7), quelquefois même aux consuls et aux questeurs (Cicé-

Digitized by Google

Un sénatus-consulte, rendu sous les consuls C. Licinius et Q. Fabius réglementait les attributions de ces magistrats, et toutes ses dispositions étaient ponctuellement exécutées. — « Pour montrer, dit Frontin [1], jusqu'à quel point ils portaient leur surveillance, pour empêcher que personne n'osât endommager les aqueducs, ou en détourner l'eau qui ne leur était pas accordée, il suffit de dire que pendant les jours où l'on donnait les *ludi circenses*, le grand cirque ne pouvait être arrosé que par ordre des édiles ou des censeurs. » — Les inscriptions déterminent par les mots *restituere*, *reponere*, *reficere*, *resarcire* [2], la compétence des magistrats chargés de ces travaux.

Les champs, qu'au mépris de ce règlement on irriguait avec l'eau destinée au public, étaient confisqués; on prononçait aussi une amende contre les fermiers publics qui avaient favorisé cette contravention. Nous lisons dans le même texte : « Il est défendu à qui que ce soit de corrompre l'eau destinée au public. Si quelqu'un est convaincu de l'avoir fait avec préméditation, qu'il soit condamné à une amende de 1,000 sesterces. » — Le souvenir des rigueurs dont usa Caton pendant sa censure n'était pas encore oublié sous Auguste; Tite-Live [3] note qu'il rendit à leur destination toutes les eaux publiques, détournées pour l'usage des édifices ou des champs particuliers [4].

Pour assurer l'exécution de cette loi, les édiles curules avaient ordonné d'établir, dans chaque canton, deux citoyens choisis parmi les habitants ou les propriétaires du lieu pour surveiller les eaux publiques [5].

ron, *in Verr.*, 1, 50. — Frontin, *De aqued.*, 7. — Cicéron, *Philipp.*, VII, 7. — Orelli, 1294, 3267).

La réception, *probatio*, appartient à celui qui avait donné à l'entreprise. Asconius (*ad Verr.*, II, 51) nous dit : « Harum rerum cura propria censoribus datur, id est sartorum tectorum exigendorum. Verùm hæc liceri et procureare, cùm cæteris item tàm publicis, tàm privatis operibus ædilium cura est omnia. » — V. encore Tite-Live, IV, 32; XLIV, 15. — Cicéron, *loc. cit.*

[1] *De Aq.*, 97.

[2] Orelli. — Henzen, 6428.

[3] XXXIX, 44.

[4] Le *prætor peregrinus* jugeait les contestations des eaux qui s'élevaient entre les particuliers (Frontin, *Collect. des sénatus-consultes sur les aqueducs*).

[5] Frontin, 97, *De aq.* — Orelli, Henzen, 5326, 6428. *Aqua domibus etiam certa conditione concessa.*

Digitized by Google

§ 3. — Le droit d'accorder des concessions d'eau fut encore commun aux édiles et aux censeurs. Mais il paraît aussi résulter des textes que ce pouvoir ne dépendait des édiles qu'en l'absence des censeurs. C'était donc à ces fonctionnaires que devaient s'adresser les particuliers qui désiraient obtenir une concession pour arroser leurs champs ou alimenter leur maison. Plus tard les pétitions durent être soumises à l'pprobation de l'empereur; les droits se payaient aux fermiers des aqueducs [1].

La concession était essentiellement personnelle; elle ne passait ni à l'héritier ni au propriétaire; les thermes seuls jouissaient à perpétuité de leur concession. Dès qu'une concession devenait vacante, on l'annonçait publiquement; il en était fait mention sur le registre des eaux, et l'on interrompait la distribution sitôt que le temps était expiré [2].

A l'occasion des travaux des aqueducs, nous rencontrons un des exemples les plus précis d'expropriation pour cause d'utilité publique; mais ici au moins on procède légalement, et l'on fait obtenir par un jury le prix des fournitures [3].

Anciennement il ne se distribuait pas d'eau pour les particuliers. « Defenses sont faites à tout citoyen, disait la loi, de détourner d'autre eau que celle qui tombe des réservoirs à terre [4]. » L'eau n'était cédée que pour l'usage des bains publics et des foulons [5].

§ 4. — La création des aqueducs est postérieure d'environ quatre siècles à la fondation de Rome. Quoique situés au milieu d'une campagne aride et desséchée, les Romains peu nombreux

[1] Frontin, 105.

[2] Nerva, par une sage mesure, accorda une prorogation de trente jours pour donner aux intéressés le temps de faire des démarches et pour ne pas priver tout à coup un domaine de l'eau nécessaire (*De aq.*, 109). Frontin a réuni les sénatus-consultes et les constitutions impériales relatifs à cette administration.

[3] Frontin, *De aq.*, 125.

[4] C'est-à-dire celle qui s'écoulait du réservoir et qu'on appelait *aqua caduca*.

[5] Il arrivait souvent que les fontainiers détournaient les eaux des aqueducs pour l'usage des particuliers, moyennant une récompense; la plupart des propriétaires riverains perçaient les canaux et fraudaient ainsi les droits du Trésor. Les édiles étaient chargés d'exercer par leurs agents la plus active surveillance.

Digitized by Google

purent, pendant longtemps, se contenter des eaux du Tibre, des puits et des fontaines [1].

Mais la population de Rome augmentait à mesure qu'elle étendait son empire; on commença à bâtir sur les collines éloignées du fleuve, et les eaux qui avaient d'abord suffi à son alimentation ne purent désormais satisfaire des besoins aussi nombreux. Les travaux publics, l'agriculture, les bains, la salubrité, les concessions nécessitaient la construction des aqueducs.

C'était en 441 : les Romains se mirent à l'œuvre, et, avec cette constance qui les caractérise, ils commencèrent le travail sur des bases considérables. Ils prirent l'eau dans le champ de Lucullus, près de la voie Prénestine, et l'amenèrent par des conduits souterrains emboîtés dans des voûtes de briques, longs de 11,130 pas [2].

A peine cet aqueduc était-il terminé, qu'on en reconnut l'insuffisance, et, en 481, on construisit celui du vieux Anio, long de 43,000 pas.

En 608, le préteur Marcius exécuta sur l'ordre du Sénat, qui avait constaté que l'agrandissement de Rome exigeait encore une plus grande quantité d'eau, cet admirable travail qui conduisit l'eau Marcia au sommet du Capitole par un aqueduc long de 62,000 pas, dont les arcades atteignaient dans plusieurs endroits une hauteur de 528 pieds au-dessus de terre [3].

En 627, c'est l'eau Tepula; et, en 719, l'édile Agrippa amène l'eau Julia par un aqueduc de 15,426 pas, dont 6,472 formés en arcades. Quelque temps après, il recueille l'eau Vierge et la fait couler dans Rome après un parcours de 14,105 pas, dont 12,865 par des souterrains, et 700 en arcades.

Il serait trop long d'énumérer tous ceux qui furent construits dans la suite.

L'eau de ces aqueducs était recueillie dans des bassins situés dans tous les quartiers de Rome, et d'ordinaire dans les car-

[1] Frontin, *De aq.*, 4.

[2] Il fut plus tard alimenté par le ruisseau d'Auguste et la source de la voie Collatia par un souterrain de 6,380 pas. L'eau Appia commençait à se distribuer près de la porte Trigémine.

[3] En dehors des prestations en nature et des ouvriers, il fut employé 840,000 sesterces.

Digitized by Google

refours. On portait à 1,332 le nombre de ces réservoirs; d'après Pline, l'édile Agrippa à lui seul en fit faire 700.

Ces eaux étaient distribuées pour les besoins publics et particuliers, dans les limites réglées par les concessions, au moyen de châteaux d'eau.

On avait classé les eaux d'après leur qualité : l'eau Marcia était tout entière réservée pour la boisson, alors que celle de l'Anio servait à l'arrosement et aux usages ordinaires [1].

Hors de Rome il se distribuait 4,063 quinaires, dont 1,718 pour l'empereur et 2,345 pour les particuliers.

En ville, 247 châteaux d'eau distribuaient 9,955 quinaires, répartis ainsi :

Pour l'empereur.	1,707
Aux particuliers.	3,847
Aux usages publics.	4,401

Ces derniers comprenaient les établissements publics, les spectacles, les pièces d'eau, etc. [2]...

Frontin nous a consciencieusement décrit tout le mécanisme de cette administration, les moyens employés pour que chacun eût la quantité d'eau qu'il payait, et pour prévenir les fautes des employés. Les particuliers eux-mêmes avaient un moyen de contrôle dans le module des distributions, et il était constant que si ce compteur fournissait moins que ne le portait la concession, il n'y avait pas erreur, mais fraude.

La quantité d'eau fournie par chaque aqueduc était portée sur le registre de l'État; on y inscrivait de même le volume qui était distribué, comment, et à qui il l'était.

§ 5. — En présence de ces grands travaux, dont nous pouvons encore admirer les débris, nous ne devons pas être étonnés que Strabon nous représente Rome comme sillonnée par de véritables fleuves. On comprend tous les services que cette quantité d'eau devait rendre à la salubrité publique; elle parcourait les rues et les égouts pour assainir la ville et entraîner toutes les immondices; chaque maison avait des canaux particuliers.

Pline [3] a pu dire avec raison : « Si on examine la quantité

[1] Frontin, *De aq.*, 92.
[2] *Id.*, 78, etc.
[3] *H. N.*, lib. XXXI, 27, 31.

Digitized by Google

d'eau destinée à l'usage public, aux bains, aux lavoirs, aux jardins, aux faubourgs; si l'on considère ces arcades élevées qui nous amènent l'eau de si loin, les montagnes que l'on a percées pour y faire pénétrer les conduits, certes on sera forcé d'avouer qu'il n'y a rien sur la terre de plus admirable. »

Cassiodore en parle dans les mêmes termes et les considère comme une merveille [1].

Enfin nous partageons bien volontiers l'enthousiasme de Rutilius Gallicanus, lorsqu'il s'écrie : « Que dirai-je de ces rivières suspendues dans les airs sur des voûtes de briques; c'est à peine si les fleuves portent dans leurs flancs des eaux aussi abondantes. On croit en présence de ces montagnes qui se dressent contre les astres, que c'est l'ouvrage, non des hommes, mais des génies des siècles passés. »

LES ÉGOUTS.

L'admiration s'empare à un tel degré de ceux qui songent aux magnifiques travaux exécutés par les Romains, qu'il semble qu'on s'extasie indistinctement sur tout ce que l'on voit; il n'en est rien cependant, c'est la grandeur même de ces travaux qui excite et force l'enthousiasme.

Si tant de monuments ont disparu, s'ils ne vivent plus pour nous que par les pages que leur ont consacré çà et là quelques auteurs, nous pouvons aujourd'hui encore, après vingt-cinq siècles, contempler le vieil égout de Rome, la *cloaca maxima*, œuvre essentiellement étrusque qui date du règne de Tarquin le Superbe [2].

On visite aujourd'hui les égouts de Paris; des têtes couron-

[1] Ils étaient d'ordinaire construits en voûte, et leurs proportions étaient telles, qu'un homme à cheval pouvait passer aisément dans les souterrains et que, comme le dit Procope, ces canaux ressemblaient à des fleuves dans leur lit naturel (Cassiodore, *Var.*, VII, 6; VIII, 30.

Cassiodore et les écrivains de ces temps emploient le mot *forma* pour *aquæductus : formæ ductuum.* Nous lisons dans les inscriptions *restituta forma* (Gruter, p. 177, n° 1); *per formam cursu factam* (Gruter, p. 180, n° 2).

[2] Ce roi, pour se débarrasser d'un peuple besogneux et remuant, l'occupa à l'embellissement de Rome; il l'accabla de corvées tellement écrasantes que pour y échapper les ouvriers se suicidèrent (Cassius Hémina *apud Plin. H. N.*, XXXVI).

Digitized by Google

nées ont daigné descendre dans ces bas-fonds. Ils sont en un mot classés au nombre des curiosités de notre capitale.

Rome aussi avait ses égouts; mais comme je ne puis engager mes lecteurs à se convaincre par eux-mêmes qu'ils ne le cédaient en rien au travail moderne, j'invoquerai plusieurs témoignages. « Les splendides cloaques de Rome, dit Cassiodore, étonnent à un tel point tous ceux qui les parcourent, que chacun avoue qu'ils surpassent les merveilles de toutes les autres villes du monde. On voit des fleuves entiers enfoncés sous des montagnes, qui descendent dans de si larges conduits, qu'on y navigue avec des barques équipées, comme lorsqu'on traverse les mers; certes il n'y a pas moins de péril ni moins de sujet de craindre le naufrage qu'au milieu même de l'Océan. »

Quelque emphatique que paraisse l'éloquence administrative du ministre de Théodoric, il n'y a pas cependant trop d'exagération. Strabon[1] nous assure que ces égouts étaient en pierre de taille et de telles dimensions, qu'en certains endroits des charrettes chargées de foin auraient encore, sur les côtés, la place pour passer.

« Rome n'a-t-elle pas ses égouts, nous dit Pline[2], l'ouvrage le plus hardi qu'aient entrepris les hommes, et pour lequel il fallut percer des montagnes; car ces égouts, de même que ceux de Thèbes, ont converti Rome souterraine en un canal navigable et passent sous la ville comme sous un pont. »

Une des fonctions de l'édile était de surveiller et de réparer ces égouts; elle se rattache à la *cura urbis*, et d'une manière toute spéciale à l'administration des aqueducs, ce qui nous permettra de ne pas insister sur les détails et de renvoyer à ce que nous avons dit plus haut[3].

Pendant son édilité, M. Agrippa fit aussi exécuter de beaux travaux de restauration dans les égouts; il réunit en un seul conduit les sept grand canaux, et, en leur imprimant une pente rapide, il facilita l'écoulement de toutes les immondices.

Aujourd'hui encore l'inspection la plus attentive n'indique

[1] V., 3, 8.
[2] *H. N.*, XXXVI, 15.
[3] Voir aussi Dion Cassius, XLIX, 43; — Pline et Strabon, *loc. cit.*

Digitized by Google

pas qu'une seule pierre de la voûte ait eu besoin d'être réparée depuis la création [1].

Pendant la république, les censeurs et les édiles se partagèrent comme pour les aqueducs la compétence de tous les travaux. Sous l'empire, l'administration des égouts passa entre les mains des *curatores*. Nous lisons dans une inscription [2] : *Julius ferox curator alvei et riparum Tiberis et cloacarum urbis*.

Auguste remplit lui-même les fonctions de *curator alvei Tiberis* [3], et nous pouvons nous convaincre par les *cursus honorum* des magistrats que contiennent les monuments épigraphiques, que ces fonctions furent toujours confiées à d'anciens consuls [4].

Après une inondation du Tibre, l'empereur Tibère décida qu'une commission de cinq sénateurs désignés par le sort veillerait à ce que l'écoulement du fleuve ne fut ni trop faible en été ni trop rapide en hiver [5]. Il est probable qu'après Tibère le nombre des curateurs fut réduit à deux, un pour chaque rive [6]; ils étaient quelquefois suppléés par un *præfectus* [7]. Le véritable titre de cette fonction est : *Curator alvei Tiberis et riparum et cloacarum urbis* [8], diversement abrégé [9].

On employait souvent, dans la réparation et le nettoyage des égouts, des criminels condamnés à la peine capitale [10].

[1] Après la destruction de Rome par les Gaulois, les Romains, pressés de rebâtir leur ville, oublièrent de conserver l'ancien alignement; aussi des égouts se trouvaient-ils souvent sous des maisons particulières (Tite-Live, V, 55).

Cette *cloaca maxima* n'était-elle pas, entre tant d'autres, un témoignage irrécusable de l'influence de la civilisation étrusque dans Rome et de la prépondérance de cet art dans la période royale des derniers temps? Ici encore les découvertes d'hier de l'archéologie viennent confirmer les faits connus par l'histoire. Peut-on, sans étonnement, entendre un savant dont l'Europe s'honore, M. Momsen, nier l'existence de l'art étrusque dans Rome, alors qu'un simple voyage peut dissiper tous les doutes.

[2] Gruter, p. 197.

[3] Orelli, Henzen, 5011.

[4] *Id.*, 3612, 4910, 6495. — Momsen, *I. N.*, 4036. — Gruter, 198, nos 4 et 5. — Smettius, p. 145, no 1.

[5] Dion, LVII, 14.

[6] Pline, *Epist.*, V, 15.

[7] Orelli, 2276 (Commentaire inexact).

[8] Orelli, Henzen, 1172, 5450, 6497.

[9] *Id.*, 2276, 3172, 5480, 6481, 6495, etc.

[10] Pline, *Epist.*, X, 41.

Digitized by Google

On peut donc constater dans l'administration des égouts le concours simultané des pouvoirs du censeur et de l'édile; nous ne voyons pas néanmoins dans ce fait une collision entre ces deux autorités, persuadé que nous sommes que, malgré les apparences, la séparation des pouvoirs était parfaitement représentée, et que l'on ne pourrait signaler aucun empiétement d'une juridiction sur une autre. Les fonctions de l'édile consistaient surtout dans la police, l'entretien, la surveillance de ces monuments; le censeur, au contraire, est là avec un pouvoir supérieur; il ordonne et il intervient comme magistrat extraordinaire.

Ce n'est que par exception qu'il s'occupe d'entreprises peu importantes, par exemple lorsque Caton et Flaccus [1] emploient une partie de contributions dont ils venaient de frapper les Romains, non-seulement à la construction d'égouts sur l'Aventin et dans les autres parties de la ville qui en manquaient encore, mais aussi au payement des abreuvoirs et au nettoiement des égouts engorgés.

Il faut de plus songer à la courte durée de la censure, qui aurait suffi pour empêcher toute lutte entre ces deux autorités, et qui, en second lieu, eût laissé sans administrateurs ces établissements publics. Les édiles remplacent les censeurs, et ont même un ressort plus étendu, car pour ce qui regarde les *opera publica* ce dernier n'intervient que comme bailleur de fonds pour le compte de l'État, comme mandataire et transitoirement, tandis que les édiles ont une surveillance de police perpétuelle.

Donc, et pour nous résumer, quand il existe des censeurs en charge, les fonctions de police de l'édile n'en subsistent pas moins, et, après leur démission, il est le seul magistrat chargé de la haute surveillance [2]. EDMOND LABATUT.

(*La suite à une autre livraison.*)

[1] Tite-Live, XXXIX, 44.

[2] Pour quelques détails, voir Tite-Live, I, 38, 59. — Denys, III, IV. — Digeste, *De cloacis*, XLIII, 23; L, 25, 5, 3; *De usu fr.*, VII, 1; L, 39, S V; *De legat.*, 1° XXX.

Digitized by Google

DE LA RÉVISION DU CODE PÉNAL EN BELGIQUE,

Par M. Léopold Thézard,
avocat, professeur agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

Du concours de plusieurs infractions.

21. Les auteurs de la révision belge ont fait entrer dans le Code pénal les règles de cette matière, placées à tort dans le Code d'instruction criminelle de 1808. Il s'agit là en effet d'une question de fond, et non pas d'une question de procédure. En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, quelle peine faut-il appliquer?

Il y a impossibilité matérielle à cumuler dans tous les cas toutes les peines encourues pour chacun des délits qu'a pu commettre un même individu; et d'ailleurs ce serait souvent dépasser la mesure de la peine méritée par la perversité du coupable. Mais, en revanche, il est difficile de justifier rationnellement le système tout inverse du législateur français : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule appliquée » (art. 365 C. d'instr. crim.). Ce système a pour lui la simplicité; mais son indulgence excessive surprend, surtout à côté de la sévérité déployée contre la récidive; le même délit ne sera rien s'il concourt avec un autre avant d'avoir été frappé par la justice; s'il a été l'objet d'une condamnation, il aggrave même la peine des délits qui l'ont suivi. Évidemment la pluralité des délits doit être dans la plupart des cas une cause d'aggravation légale : on ne peut pas frapper de la même peine celui qui a commis un fait isolé et celui qui a perpétué une longue série de méfaits. Mais on se trouve en face d'un danger contraire : c'est d'aggraver la peine au point de dépasser le degré de la culpabilité réelle. Ainsi un individu a commis plusieurs vols, et même avec circonstances aggravantes; sa culpabilité est certainement plus grande que celle de l'individu qui en a commis un seul; mais

[1] V. le présent tome, p. 156 et 302.

Digitized by Google

sera-t-elle jamais aussi grande que celle d'un meurtrier? Il faut donc éviter d'élever la peine jusqu'à celle du meurtre. De même dans tous les cas analogues.

Les auteurs de la révision belge se sont tirés avec bonheur de la plupart des difficultés de cette question.

Pour les contraventions, la règle est le cumul des peines : « Tout individu convaincu de plusieurs contraventions encourra la peine de chacune d'elles » (art. 58). Cette règle est d'ailleurs celle du droit français, où elle s'induit *à contrario* de la disposition de l'article 365 du Code d'instruction criminelle sur les crimes et délits; nous l'appliquons aussi à la plupart des délits prévus par des lois spéciales.

Le concours des délits entre eux et avec les contraventions entraîne aussi en principe le concours des peines, sans qu'elles puissent néanmoins excéder le double du maximum de la peine la plus forte (art. 59, 60).

Lorsqu'un crime concourt, soit avec un ou plusieurs délits, soit avec une ou plusieurs contraventions, la peine du crime est seule prononcée (art. 61).

Enfin, en cas de concours de plusieurs crimes, la peine la plus forte est seule prononcée; cette peine peut même être élevée de cinq ans au-dessus du maximum, si elle consiste dans les travaux forcés, la détention ou la réclusion (art. 62).

Les seules difficultés pratiques de ce système sont peut-être celles qui résultent en certains cas de sa combinaison avec l'application des circonstances atténuantes.

Dans le cas où l'on rencontrera le concours de plusieurs crimes, entraînant les travaux forcés de dix à quinze ans, ou la réclusion, mais modifiés par les circonstances atténuantes, quelle sera la marche à suivre pour le juge? Ce sera, croyons-nous, la suivante : appliquer d'abord l'aggravation résultant du concours, et par conséquent porter la peine au maximum ou même à cinq ans au-dessus; puis, faire agir les circonstances atténuantes, en prenant pour premier degré de l'atténuation le minimum de cette même peine, et pour second degré la peine inférieure (art. 82, conforme en ce point à notre article 463). Cette façon de procéder satisfera au principe qui fait des circonstances atténuantes l'élément définitif d'appréciation, destiné à dominer tout l'ensemble de la décision pénale.

Mais supposons maintenant un crime puni en principe de la

Digitized by Google

réclusion, concourant avec plusieurs délits; supposons en même temps l'admission de circonstances atténuantes quant à ce crime. « La peine du crime sera seule appliquée, » dit la loi : l'admission des circonstances atténuantes ne peut faire qu'il soit considéré comme un délit. On appliquera donc simplement un emprisonnement de trois mois à cinq ans (art. 81). Si au contraire les délits étaient seuls, on pourrait en cumuler les peines jusqu'à concurrence du double de la peine la plus forte; on pourrait donc, dans des cas donnés, aller jusqu'à dix années d'emprisonnement. Ce résultat semble dénoter une inconséquence et un défaut d'harmonie dans la loi. Mais le vice est bien plus apparent que réel : très-rarement des circonstances atténuantes seront accordées à un crime sans qu'elles puissent également s'appliquer aux délits qui l'accompagnent, et autoriser une atténuation considérable de la peine de ces délits; le fait même du concours sera d'ailleurs pris en considération par le juge quand il s'agira de savoir s'il doit ou non accorder au crime des circonstances atténuantes, surtout si l'appréciation des circonstances atténuantes est laissée, non pas au jury, mais à la Cour chargée d'appliquer la peine : or ce dernier point n'est pas réglé dans le Code pénal de Belgique, mais il a été réservé pour le Code d'instruction criminelle ou pour une loi spéciale, où la compétence de la Cour paraît destinée à prévaloir.

22. Le chapitre relatif au concours des infractions se termine par deux dispositions complémentaires d'une certaine importance.

a) D'après l'article 64, « les peines de confiscation spéciale à raison de plusieurs crimes, délits ou contraventions, seront toujours cumulées. » — Cette solution est déjà admise par la jurisprudence française; mais il faut légèrement forcer le texte de la loi pour y arriver. La confiscation légale est une *peine;* elle semble donc devoir être exclue par l'application d'une peine supérieure dont elle n'est pas l'accessoire légal. Pour l'appliquer néanmoins, il faut mettre de côté son caractère pénal, et la considérer comme une simple mesure de sûreté publique, comme la mise hors du commerce d'un objet dangereux et dont l'existence même est illégale. — Par une raison analogue, la jurisprudence française admet le concours de la surveillance de la haute police, si la loi l'édicte pour un délit

Digitized by Google

le moins grave, avec la peine principale d'un délit plus important : par exemple, en cas de condamnation pour vol et pour vagabondage, elle permet de prononcer la peine du vol (cinq ans de prison), plus la surveillance de la haute police, qui n'est point attachée à la peine du vol, mais qui est attachée comme accessoire à la peine moins forte du vagabondage. Le législateur belge n'a pas eu besoin de se préoccuper de cette seconde question : car, dans son système, la surveillance peut *toujours* être prononcée en matière criminelle; et, en matière correctionnelle, le cumul des peines est de droit.

b) La dernière disposition sur le concours des infractions est ainsi conçue : « Lorsque le même fait constitue plusieurs infractions, la peine la plus forte sera seule prononcée » (article 65).

Sur cette disposition, la commission du Sénat avait fait les observations suivantes :

« Si, en analysant les diverses circonstances d'un fait unique, on y rencontre plusieurs délits, on ne poursuit que le délit le plus grave, dont les autres ne sont en quelque sorte que des circonstances aggravantes. Ainsi, dans un vol avec effraction, on ne poursuivra pas séparément le bris de clôture.

« Mais doit-il en être de même quand un fait viole deux lois de natures différentes, et qu'ainsi le fait constitue deux infractions complétement distinctes? Ainsi, un individu chasse en temps prohibé, voilà un délit; il chasse sans port d'armes, voilà un autre délit commis en même temps, mais distinct du premier. Autre exemple : quelqu'un cherche à introduire un objet en fraude dans le pays; des douaniers veulent l'arrêter, il les attaque et les blesse; la fraude restera-t-elle impunie parce que le fraudeur aura encouru l'application du Code pénal?.....

« Pour empêcher qu'on ne donne à l'article une interprétation erronée, votre commission vous propose la rédaction suivante : « Lorsque différents actes concourant au même fait « constituent plusieurs infractions, la peine la plus forte sera « seule applicable [1]. »

Quant à nous, nous croyons qu'on a bien fait, dans l'intérêt même de la thèse soutenue par la commission, de maintenir la rédaction primitive.

[1] Rapport à la séance du 20 décembre 1862.

Digitized by Google

Prenons en effet le cas des fraudeurs qui ont blessé des douaniers. Il est évident que d'après la rédaction mal à propos critiquée par la commission, il doit y avoir lieu au cumul des peines : on ne peut pas dire qu'il y ait un même fait constituant plusieurs infractions; il y a deux faits très-distincts dans toutes leurs circonstances : avoir introduit des objets en fraude, avoir blessé des douaniers [1]. Si au contraire on admettait la rédaction de la commission, le doute deviendrait possible; on pourrait dire : il y a deux actes différents, mais ils concourent au même fait; les fraudeurs n'ont eu qu'un but, la contrebande; il n'y a par suite qu'une peine à prononcer, la plus forte. — La rédaction proposée par la commission allait donc directement contre son but.

Nous avons insisté d'une façon un peu minutieuse sur les détails de ces règles, relatives au cumul des peines. C'est que nous voyons dans l'article 365 de notre Code d'instruction criminelle un des points où notre loi pénale est le plus susceptible de révision. Or, tout bien examiné, le Code belge contient sur la matière les dispositions à la fois les plus pratiques et les mieux mesurées; il y aurait peut-être encore quelques perfectionnements à y apporter; mais le système en soi forme un ensemble d'une parfaite harmonie.

De la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit.

23. Tous ceux qui participent à une même infraction portent dans le langage ordinaire, et quelquefois dans la loi elle-

[1] Cette considération nous semble réfuter une décision de la Cour de cassation. Dans le cas où des fraudeurs, surpris sur le territoire français par les douaniers, ont été poursuivis sur le territoire étranger, et dans cette lutte engagée sur ce territoire ont tué ou blessé les douaniers, la Cour de cassation admet que le fait de meurtre ou de blessures peut être poursuivi comme s'il avait été commis en France : il y a, selon elle, entre les deux actions, une connexité telle que le crime de meurtre peut être réputé avoir été commencé en France; la contrebande ne serait que le premier acte d'un fait unique et indivisible. — La raison résiste à cette argumentation; il y a deux faits très-distincts; la contrebande n'est pas un commencement d'exécution du meurtre. La décision de la Cour de cassation ne peut s'expliquer que par le désir de corriger les restrictions apportées naguère à la poursuite des crimes commis à l'étranger par l'article 7 du Code d'instruction criminelle; nous doutons qu'elle la maintînt en présence des nouvelles dispositions de la loi de 1866.

Digitized by Google

même[1], le nom de *complices*. Mais dans la rigueur des termes, on appelle auteurs (ou coauteurs s'ils sont plusieurs), ceux qui ont commis directement et par eux-mêmes le fait matériel constitutif de l'infraction ; et l'on réserve le nom de complices à ceux qui y ont pris une part indirecte ou purement morale, part qui peut d'ailleurs avoir été plus ou moins forte, avoir été plus ou moins déterminante pour la perpétration définitive de l'infraction.

Quels faits doivent être punis comme faits de complicité ? De quelle peine doivent être frappés les complices ? Telles sont les deux questions qui se posent ici devant tout législateur en matière criminelle.

La loi française de 1810 a déterminé les cas de complicité, qui peuvent se ranger sous quatre chefs : avoir provoqué, par des procédés déterminés, à commettre l'infraction ; — avoir donné des instructions pour la commettre ; — en avoir procuré sciemment les moyens ; — avoir aidé ou assisté le coupable dans les faits qui l'ont préparée, facilitée ou consommée. Ce sont là en effet les moyens principaux de prendre une part effective, bien qu'indirecte, à la perpétration d'un crime ou d'un délit. A la complicité, le Code pénal a assimilé deux autres faits, qui ne constituent évidemment pas une participation à l'infraction, puisqu'ils y sont postérieurs : le fait de fournir habituellement et avec connaissance un lieu de retraite et de réunion à des malfaiteurs exerçant des brigandages, — et le recel d'objets enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit. L'assimilation s'explique dans la pensée du législateur, soit parce qu'il voit dans l'impunité procurée aux auteurs d'une infraction antérieure un méfait spécial, tendant à encourager de nouveaux délits, soit parce qu'il trouve dans le fait du recéleur une présomption de complicité antérieure. Mais ces deux motifs sont insuffisants pour justifier l'assimilation. Le premier autorise sans doute un châtiment, mais un châtiment bien inférieur à celui des participants à l'infraction (le législateur lui-même l'a reconnu dans nombre de cas, par exemple à propos du recel de coupable, des facilités fournies à son éva-

[1] Par exemple dans l'article 68 du Code pénal : « L'individu âgé de moins de seize ans, qui n'aura pas de complices présents au-dessus de cet âge..... »

Digitized by Google

sion, du faux témoignagne en sa faveur, etc.). Quant au second motif, il est fondé sur une présomption *a priori*, et le droit criminel plus que tout autre, repousse de semblables présomptions.

L'exagération devient bien plus frappante quand on voit comment le Code de 1810 a résolu la seconde partie du problème, la question de la peine à infliger aux complices. Ils sont punis de la même peine que les auteurs du crime ou du délit, sauf exception (art. 59). Et en fait d'exception, il y en a une seule en faveur des complices par assimilation : la peine de mort est remplacée à leur égard par celle des travaux forcés à perpétuité ; les peines des travaux et de la déportation ne sont prononcées contre eux que s'ils ont eu connaissance des circonstances aggravantes qui y donnaient lieu (art. 63). Hors de là, tout complice est passible de la peine de l'agent principal, quel que soit le degré de complicité, que les circonstances aggravantes de l'infraction lui soient restées ou non étrangères.

Cette solution radicale ressemble à celle que la loi a donnée pour la tentative : point de milieu entre la peine du crime consommé complétement et directement, et l'impunité. La participation indirecte, de même que le commencement d'exécution, ou ne sont rien, ou équivalent à l'infraction elle-même.

Là n'est pas le seul rapprochement à établir entre la matière de la tentative et celle de la complicité[1].

Certains des faits de complicité (donner des instructions, procurer des armes, des moyens ou des instruments pour commettre l'infraction, assister le coupable dans les actes qui la préparent), que sont-ils autre chose que des actes préparatoires? Ces actes préparatoires, si le crime ou délit ne s'ensuit pas, restent impunis, qu'ils aient été accomplis par celui qui se proposait de commettre l'infraction, ou par le tiers qui entendait borner son rôle à ces préparatifs antérieurs. — Mais, toutes choses égales d'ailleurs chez le complice, que l'agent principal commette le crime ou le délit, ou seulement une tentative punie par la loi, on se retourne contre le complice, et on lui demande compte rétrospectivement des actes

[1] Outre l'observation qui suit, remarquons encore que les deux théories s'appliquent seulement aux crimes et aux délits, non aux contraventions.

Digitized by Google

préparatoires, qui par eux-mêmes, notons-le bien, soit en sa personne, soit en celle de l'auteur principal, ne constituent ni crime ni délit. Le complice est cependant aussi coupable, que l'effet ait ou non suivi les actes qu'il a commis ; une fois qu'ils sont accomplis, son rôle est fini, et désormais sa culpabilité ou son innocence au point de vue légal, est entre les mains de l'agent principal. Sans aller jusqu'à cette conséquence d'une logique extrême, mais inadmissible, que le complice devrait être puni, lors même que plus tard il aurait fait tout ce qui aurait été en son pouvoir pour empêcher le crime qu'il a d'abord préparé, il faut reconnaître qu'il devra être puni pour le fait seul de son intervention préliminaire, quand même sa volonté n'aurait pas persisté jusqu'à l'accomplissement du délit; la non-persévérance dans la résolution qui peut, chez l'auteur principal, innocenter les actes préparatoires, ne le peut plus chez le complice. Sa culpabilité est liée, non plus à sa résolution et à ses actes, mais à ceux de l'auteur principal.

Ce résultat est-il complétement irrationnel? Non ; les actes préparatoires, chez l'un comme chez l'autre, sont non-seulement coupables, dès là qu'ils se rattachent à la résolution de commettre un crime. Mais l'évidence palpable et le trouble social, sans lesquels la loi ne peut frapper, ne résultent que de la perpétration du crime par l'un ou par l'autre : si l'agent principal ne persévère pas, le complice ne sera pas puni ; non qu'il soit innocent, mais parce que la société n'a pas d'intérêt à l'atteindre, et parce qu'elle doit fonder ses décisions sur des faits positifs et matériels et non sur une recherche conjecturale d'intentions.

Seulement, ce qui ressort de là, c'est que le complice, dans le cas prévu, n'a commis que des actes préparatoires : ces actes sont coupables, et la culpabilité en est démontrée par le résultat, mais ils ne sont pas aussi graves que l'infraction en elle-même. Le complice d'un crime n'eût peut-être pas accompli ce crime, il eût peut-être reculé au dernier moment, et il a fallu qu'un agent principal prît sur lui de commettre l'infraction.

Ces raisons semblent, il est vrai, contre-balancées dans certains cas par d'autres considérations qui montrent le complice aussi coupable que l'agent principal. Voilà un homme qui conçoit la pensée d'un crime, qui le médite et le résout froide-

Digitized by Google

ment : trop lâche pour l'exécuter lui-même, ou soucieux avant tout de se dissimuler, il met en avant un autre homme, moins intelligent, quelquefois même un enfant ou un insensé ; il l'éblouit par des promesses, l'intimide par des menaces, l'égare par des artifices coupables; n'est-il pas souvent aussi punissable, et plus, que celui dont il a fait son instrument ? — Oui, répondrai-je; mais est-ce une raison pour qu'il soit aussi coupable que s'il avait lui-même commis le crime ? J'en doute encore; qu'on atténue ici la responsabilité de l'auteur principal, qu'on l'innocente même, je le veux; mais le complice n'a pas dans le crime une part aussi grande que s'il l'eût lui-même exécuté après l'avoir conçu; sauf des exceptions, pour lesquelles la loi ne peut être faite, et qui ne sauraient être saisies que par une difficile appréciation morale, il faut ici reconnaître une perversité de moins, et la responsabilité, en se divisant, s'est alors atténuée.

Le législateur belge, à côté du système français, avait sous les yeux d'autres systèmes sur les divers degrés de la participation aux infractions, et en particulier celui de la législation anglaise qui fait trois classes de délinquants : les auteurs principaux du premier degré, qui ne sont autres que les exécuteurs de l'infraction; — les auteurs principaux du second degré, ceux qui l'ont aidé ou assisté d'une façon actuelle dans l'exécution ; — enfin, les auteurs accessoires, comprenant tous ceux qui ont facilité l'infraction sans y être présents; et ces derniers se subdivisent eux-mêmes en accessoires avant le fait et accessoires après le fait. Des gradations diverses sont établies dans la pénalité entre ces catégories de délinquants.

24. La loi belge, tout en profitant de ces données, n'a reproduit ni cette classification ni celle du Code pénal. Elle a d'abord étendu à certains individus, considérés comme complices dans les lois françaises, la qualification d'auteurs principaux, puis elle a rangé parmi les complices proprement dits, pour les frapper d'une peine inférieure, les autres personnes ainsi qualifiées par le Code de 1810; enfin, quant aux recéleurs, elle a rejeté toute assimilation avec les complices, et s'est contentée de punir le recel comme un délit distinct; prévu dans la partie spéciale du Code. Il y a donc là trois ordres de dispositions à faire connaître successivement.

Auteurs principaux. — D'après l'article 66, « seront punis

Digitized by Google

comme auteurs d'un crime ou d'un délit : 1° ceux qui l'auront exécuté ou qui auront coopéré directement à son exécution » (voilà les auteurs principaux ou coauteurs du droit français) ; — « 2° Ceux qui, par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pas été commis ; — « 3° Ceux qui par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoirs, machinations ou artifices coupables, auront directement provoqué à ce crime ou à ce délit » (ce sont là des complices d'après le Code de 1810) ; — « 4° Ceux qui, par des discours tenus dans des réunions ou dans des lieux publics, soit par des placards affichés, soit par des écrits imprimés ou non et vendus ou distribués, auront provoqué directement à les commettre, sans préjudice des peines portées par la loi contre les auteurs de provocation à des crimes où à des délits, même dans le cas où ces provocations n'ont pas été suivies d'effet. » (Là enfin, nous trouvons une assimilation empruntée, non plus au Code pénal, mais à la loi du 17 mai 1819, article 1er [1]).

L'assimilation établie dans le 2° de cet article est parfaitement justifiée. Celui qui prête une assistance telle que, sans elle, le délit n'eût pu être commis, est un véritable coauteur, et il doit être puni en conséquence. — Sur le cas de provocation par les moyens caractérisés dont la loi s'occupe ensuite, nous maintenons nos réserves ; cependant nous reconnaissons la gravité des raisons qui ont guidé le législateur.

[1] L'article 1er de la loi de 1819 est plus compréhensif dans l'indication des moyens de provocation, comme on peut s'en convaincre à la lecture du texte : « Quiconque, soit par des discours, des *cris* ou des *menaces* proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés, des *dessins*, des *gravures*, des *peintures* ou *emblèmes*, vendus ou distribués, *mis en vente ou exposés* dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches exposés aux regards du public, aura provoqué l'auteur ou les auteurs de toute action qualifiée crime ou délit, à la commettre, sera réputé complice et puni comme tel. » — On remarquera aussi que ce texte ne spécifie pas, comme la loi belge, que la provocation doive avoir lieu directement.

Quand la provocation n'a pas été suivie d'effet, la loi de 1819 (art. 2 et 3) la punit d'un emprisonnement de trois à cinq ans et d'une amende de 50 à 6,000 francs, si elle a pour objet un crime ; et s'il s'agit d'un délit, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 30 à 4,000 francs, sans que cependant cette peine puisse excéder celle du délit lui-même.

Digitized by Google

Mais quant à la dernière hypothèse, la sévérité du Code belge, empruntée à une loi spéciale, nous paraît en désaccord avec son esprit ordinaire de modération, et avec l'atténuation qu'il édicte ensuite pour les autres cas de complicité.

Il est de principe que la seule provocation à commettre un crime ou un délit, si cette provocation n'a pas été fortifiée d'un moyen d'influence bien caractérisé, ne constitue pas une complicité. Frapper la simple provocation, l'exhortation à commettre un crime ou un délit, ce serait presque s'attaquer aux faits de conscience, ce serait atteindre une volonté incertaine, toujours révocable chez celui qui la manifeste, une volonté qui n'a pu être déterminante pour l'agent de l'infraction, du moment qu'aucune pression n'a été exercée sur lui : le crime ou le délit n'a pas été l'œuvre du provocateur, il a été l'œuvre de la libre volonté de l'agent.

Ces principes doivent-ils changer quand la provocation s'est produite dans un lieu public, au milieu d'une réunion, ou sous la forme d'un écrit ou d'un placard ? Sans doute alors, la publicité seule de la provocation constitue un trouble punissable par lui-même, mais un trouble bien distinct du crime qui le suit ; il n'y a pas de complicité, parce qu'il n'y a pas de pression effective d'une volonté sur une autre ; il y a une communication d'une pensée coupable, mais rien de plus. Dira-t-on que la publicité du lieu ou de l'assemblée, est elle-même un moyen d'influence, que dans le tumulte d'une réunion, les têtes s'échauffent plus facilement? Soit; mais au point de vue de la culpabilité, peut-on comparer cette cause d'influence aux autres causes indiquées par la loi, qui résultent d'un fait personnel ou provocateur, d'une relation directe dont il abuse vis-à-vis de l'agent futur du délit ? Dira-t-on qu'en s'adressant à une multitude, le provocateur a plus de chances de rencontrer l'instrument de sa volonté qu'en parlant séparément à quelques personnes ? Cela est possible encore; mais cette considération ne s'appliquerait pas à tous les cas prévus par la loi, et elle n'impliquera jamais une action assez puissante et assez directe pour déterminer le crime. En allant au fond des choses, c'est faire trop d'honneur à l'éloquence ou aux écrits d'un provocateur quelconque, que de lui attribuer les crimes ou délits qui ont été commis ensuite. C'est prêter à une seule cause l'influence de mille causes antérieures qui ont

Digitized by Google

déterminé la perpétration des infractions. Le plus souvent, le provocateur aura prêché des convertis.

Mais le danger le plus grave, dans cette assimilation du provocateur avec les auteurs du crime, c'est de permettre d'introduire dans la pratique l'odieuse théorie de la complicité morale. La provocation atteinte par la loi est le plus souvent l'œuvre de ces malheureux déclamateurs, égarés eux-mêmes par d'autres influences, et fort incapables d'ailleurs d'exécuter les actes qu'ils encouragent; c'est l'explosion d'un sentiment aveugle, l'expression exagérée d'un entraînement intérieur, quelquefois le cri irréfléchi d'une souffrance longtemps contenue. Voilà ce que la loi frappe à l'égal du crime lui-même. La loi belge exige, il est vrai, pour punir, que la provocation ait eu lieu *directement*. Elle exclut par là tous ces actes indécis où l'on va trop souvent chercher la complicité morale. Un regret, l'expression d'un sentiment d'indignation ou de douleur, ne seront pas des actes punissables[1]. Mais ce mot *directement*, tout-puissant dans les temps ordinaires et surtout devant un jury, pour sauver ceux-là même que la loi voulait atteindre, ne servirait plus de rien à ces époques de troubles où la justice est comme armée en guerre.

Nous ne connaissons pas d'exemples, et les recueils judiciaires ne nous en ont révélé aucun, au moins en matière de crimes, où l'on ait appliqué la peine de la complicité aux faits prévus par la loi de 1819; c'est qu'elle édicte en effet un arbitraire effrayant devant lequel recule la conscience du juge. On eût assez fait pour la sécurité sociale en se bornant aux dispositions qui punissent la provocation publique en elle-même et sans considération des faits qui ont suivi; car il est moralement impossible de dire si ces faits ont été le résultat direct de la provocation, alors qu'elle n'a été accompagnée d'aucun moyen sensible d'influence, alors que le provocateur n'a pris part à l'exécution ni par des instructions ni par une assistance quelconque.

Complices. — Sont considérés comme complices, et punis, en cas de crime, de la peine immédiatement inférieure à celle

[1] Lors de la discussion de la loi de 1819, plusieurs orateurs demandèrent qu'on insérât dans le texte le mot *directement*. Mais la proposition ne put aboutir.

Digitized by Google

qu'ils encourraient s'ils en étaient les auteurs, en cas de délit, d'une peine qui n'excédera pas les deux tiers de celle qu'ils encourraient s'ils en étaient les auteurs :

Ceux qui ont donné des instructions pour commettre le crime ou le délit;

Ceux qui ont procuré des armes, des instruments ou tout autre moyen qui a servi au crime ou au délit, sachant qu'ils devaient y servir;

Ceux qui, hors le cas prévu par le § 3 de l'artice 66, ont avec connaissance aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs du crime ou du délit dans les faits qui l'ont préparé ou facilité ou dans ceux qui l'ont consommé;

Ceux qui, connaissant la conduite criminelle de malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sécurité de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur ont fourni habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion.

Tel est le résultat des articles 67-69 du nouveau Code. Ils rappellent de très-près, sauf l'atténuation d'un degré dans la peine, les dispositions de notre loi. Il y a cependant une autre différence à noter : au lieu de dire que les complices sont punis de la peine inférieure à celle du crime ou du délit, le Code belge dit qu'ils sont punis de la peine inférieure à celle qu'ils encourraient s'ils étaient eux-mêmes les auteurs du crime ou du délit. De là il suit, contrairement à la doctrine française, que le complice ne doit pas subir l'influence des circonstances aggravantes résultant d'une qualité personnelle à l'auteur principal, que par exemple en cas de faux commis par un officier public, le complice qui n'a pas cette qualité sera seulement puni de la peine inférieure à celle d'un faussaire ordinaire, etc. — Mais le Code belge ne s'est pas expliqué sur l'influence des autres circonstances aggravantes, dans le cas où elles auraient été ignorées du complice : il a donc implicitement accepté la doctrine française, d'après laquelle il doit subir l'aggravation qui en résulte, parce qu'en s'associant à l'infraction, il en a d'avance accepté toutes les chances.

Recéleurs. — Nous venons de voir assimilés aux complices ceux qui ont fourni sciemment et habituellement asile à certains malfaiteurs; cette assimilation se justifie, puisque le fait

Digitized by Google

étant habituel, s'il est postérieur à certains crimes des malfaiteurs, il est concomitant et antérieur pour les autres. — Mais quant aux recéleurs ordinaires, la solution est différente : ils ne font que procurer, après coup, aux coupables le moyen de profiter de leurs méfaits. Aussi la loi belge a-t-elle fait du recèlement un délit spécial dans les articles 505 et 507. Celui qui a sciemment recélé des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit est puni d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de 26 à 500 francs. Il peut de plus être condamné à l'interdiction des droits énumérés en l'article 3 et à la surveillance spéciale de la police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus. Dans le cas où les auteurs principaux du crime sont passibles de la mort ou des travaux forcés à perpétuité, le recéleur est condamné à la réclusion s'il a eu, au temps du recel, connaissance des circonstances auxquelles la loi attachait ces peines.

Des causes de justification et d'excuse.

25. Sous ce titre, il est traité d'abord : du fait ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime ; — de la démence ; — de la contrainte[1]. On retrouve, dans les articles 70 et 71, la reproduction des articles 327 et 64 du Code pénal, à quelques détails de rédaction près.

Au lieu d'employer les mots *il n'y a ni crime ni délit*, la loi belge dit : *il n'y a pas d'infraction ;* et en effet, l'ordre légitime d'agir, la démence et la contrainte sont exclusifs de culpabilité, même en matière de contravention.— D'un autre côté, nous trouvons généralisée la cause de justification tirée de ce que le fait est ordonné par la loi et commandé par l'autorité, tandis que le Code de 1810 ne l'applique expressément qu'à l'homicide et aux coups et blessures, et cela dans la partie spéciale.

Il s'agit là de pures questions de méthode et de rédaction, car les solutions du droit français doivent être entendues, et

[1] La légitime défense, cause de justification spéciale aux actes contre les personnes, est, comme dans le Code de 1810, ajoutée au chapitre *De l'homicide et des lésions corporelles volontaires* (art. 416, 417).

Digitized by Google

le sont en effet, avec la même généralité; mais quand le législateur le peut, il est de son devoir d'éviter jusqu'à l'ombre d'une équivoque.

26. La loi belge s'occupe ensuite des mineurs de seize ans et de la question de discernement.

Elle a maintenu (et l'expérience n'a pas montré qu'il convînt de faire autrement), l'âge de seize ans comme la limite au-dessus de laquelle commence la pleine responsabilité de l'homme. Elle a cependant décidé que la peine de mort ne serait jamais prononcée contre un individu âgé de moins de dix-huit ans accomplis au moment du crime, mais devrait être remplacée, en pareil cas, par celle des travaux forcés à perpétuité (art. 77).

Quant au mineur de seize ans, le système de la loi belge est à peu près celui de la loi française. Trois alternatives sont possibles :

Il peut y avoir déclaration de non-culpabilité, et alors il y a un acquittement pur et simple.

Il peut aussi intervenir une déclaration de culpabilité, mais avec cette restriction que le coupable a agi sans discernement, et alors il y a encore acquittement ; seulement l'enfant peut, d'après les circonstances, être mis à la disposition du gouvernement pour un temps qui ne dépassera pas l'époque où il atteindra sa *vingt et unième* année. Dans ce cas, il sera placé dans un des établissements spéciaux de réforme ou dans un établissement de charité (art. 72). Le gouvernement pourra le renvoyer à ses parents, si dans la suite il présente des garanties suffisantes de moralité.

Enfin il est possible qu'il y ait déclaration de culpabilité, et que le mineur ait agi avec discernement. Alors il ne faut pas prendre envers le mineur de simples mesures d'éducation : il faut appliquer une peine; mais l'âge du coupable doit, en ce cas même, être une cause d'atténuation ; l'intelligence moins développée, la pitié qu'inspire la faiblesse, en sont de suffisantes raisons. La loi belge, sauf des différences peu importantes qui résultent des modifications introduites dans l'échelle des peines, est en ce point calquée sur la loi française. Pourtant, aux termes d'une disposition ajoutée en 1862, en aucun cas l'accusé ou le prévenu âgé de moins de seize ans ne peut être placé sous la surveillance spéciale de la police ni con-

Digitized by Google

damné à l'interdiction des droits énumérés en l'article 31 (art. 75). Nous ne pouvons qu'approuver cette disposition. Ces peines accessoires, qui pèsent si lourdement sur l'avenir du condamné, et qui forment souvent un obstacle à son amendement, sont plus graves encore pour un enfant qui a devant lui de longues années que pour un coupable ordinaire ; elles ne doivent être prononcées qu'en désespoir de cause et comme des mesures de sûreté publique contre un homme jugé incapable de revenir à de meilleurs sentiments. Pour l'enfant, même quand il faut le punir dans le présent, on doit laisser la porte ouverte à l'espérance : « Il est désirable, dit le rapport de la commission du Sénat [1], qu'après la peine subie, toute trace de la condamnation disparaisse, et que le condamné libéré puisse reprendre dans la société la position qu'il serait trop rigoureux de lui enlever pour un écart de jeunesse. »

27. La loi belge, après s'être occupée de l'enfant âgé de moins de seize ans, introduit une innovation considérable en plaçant sur la même ligne le *sourd-muet*. Pour l'un comme pour l'autre, la question de discernement doit être posée ; si le sourd-muet a agi sans discernement, il peut être placé dans un établissement déterminé par la loi, pour y être détenu et instruit pendant un temps qui n'excédera pas une année ; s'il a agi avec discernement, les peines sont modérées de la même façon que pour le mineur de seize ans (art. 76). — Les lacunes inévitables de l'intelligence du sourd-muet expliquent et cette appréciation complexe de sa culpabilité, et cette atténuation dans les peines quand elles doivent être prononcées.

28. Enfin, quant aux autres excuses, le Code de Belgique se borne à un renvoi aux dispositions spéciales : « Nul crime ou délit ne peut être excusé, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi. » (Art. 78.)

Les excuses, soit absolutoires, soit atténuantes, sont à peu près identiquement celles du Code pénal de 1810. Cependant la loi nouvelle en a changé les dispositions sur trois points importants.

a) D'après le Code pénal de 1810 (art. 323), le parricide n'est jamais excusable. Cette disposition exclut seulement, bien entendu, l'admission des excuses légales, mais non pas

[1] Rapport à la séance du 20 décembre 1862.

Digitized by Google

les causes de justification comme la légitime défense, ni les circonstances atténuantes. D'autre part, elle s'applique seulement au crime de parricide, mais non aux coups et blessures volontaires portés à des ascendants, pas même à ceux qui auraient occasionné la mort sans intention de la donner. Le législateur belge, à ce dernier point de vue, a généralisé la disposition : il a refusé le bénéfice des excuses de provocation ou autres, non-seulement au parricide, mais encore aux coups et blessures portés à des ascendants. Cependant la commission du Sénat[1] avait conclu à l'admission des excuses, et paraissait même disposée à l'étendre au crime de parricide lui-même. Mais cette opinion n'a pas prévalu, et on a refusé l'excuse dans tous les cas (art. 15[2]).

b) En revanche, on n'a pas reproduit l'article 324, § 1er, du Code de 1810, qui n'excuse le meurtre commis par un époux sur la personne de son conjoint que si la vie du conjoint a été mise en danger dans le moment même où le meurtre a eu lieu. On a reconnu une cause légale d'atténuation dans toute provocation par violences graves envers la personne du conjoint coupable.

c) D'après le Code pénal de 1810 (art. 324, § 2), le meurtre commis par le mari sur sa femme et sur son complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale, est excusable. La loi belge a fait droit à deux critiques dirigées contre cette disposition. Pourquoi d'abord l'outrage adressé au mari l'excuse-t-il si l'adultère a eu lieu dans la maison conjugale, et ne l'excuse-t-il pas s'il est commis ailleurs ? En semblable occurrence, le lieu ne fait rien à l'affaire ; la loi elle-même ne fait pas de distinction quand il s'agit de punir l'adultère de la femme ; il n'y en pas à faire quand il faut apprécier l'irritation excusable du mari. — En second lieu, pourquoi ne pas admettre l'excuse aussi bien en faveur de la femme qu'en faveur du mari ? Sans doute, légalement, l'adultère de la femme est plus punissable que celui du

[1] Rapport à la séance du 10 février 1866.

[2] D'après la loi belge, le parricide ne s'entend que du meurtre des père, mère ou ascendants légitimes, ou des père ou mère naturels ; la paternité adoptive n'est pas prise en considération, soit dans le cas de meurtre, soit dans celui de coups et blessures. Les législateurs ont dit avec raison qu'il ne pouvait y avoir de parricide *fictif*.

Digitized by Google

mari, à raison des résultats plus graves qu'il peut avoir pour la famille; mais quand on s'attache seulement à comprendre l'indignation qu'a pu ressentir l'un des époux de l'infidélité flagrante de l'autre, la mesure doit être la même. La loi belge dispose donc d'une façon générale : « L'homicide, les blessures et les coups sont excusables, lorsque le crime ou le délit est commis par l'un des époux sur l'autre époux et son complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère. » (Art. 463.) LÉOPOLD THÉZARD.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

RECUEIL DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE,
année 1866.

DU DROIT DE FAMILLE,

Par M. J. OUDOT.

Ouvrage publié après la mort de l'auteur, et conformément à ses intentions, par M. Ch. DEMANGEAT.

Compte rendu par H. CHRÉTIEN, avocat à la Cour impériale de Caen, docteur en droit.

I.

S'il était encore utile aujourd'hui de fair voir l'alliance intime du Droit avec les autres sciences, avec l'histoire, l'économie politique, la littérature, la philosophie, les deux volumes sortis récemment de l'Académie de législation de Toulouse et de la Faculté de Droit de Paris fourniraient aisément des preuves à qui voudrait tenter cette démonstration désormais superflue.

Des travaux, tous intéressants, contenus dans le volume de l'Académie, la plupart sont des œuvres de critique : comptes

Digitized by Google

rendus des grands concours dont l'Académie et la Faculté de Toulouse sont le théâtre, appréciations d'ouvrages touchant les diverses branches du droit et les autres sciences, ses auxiliaires. Dans ce cours de littérature juridique française et étrangère, MM. Galles, Rozy, Astre, Chauveau-Adolphe, Dufour font connaître les mérites principaux des écrits de MM. Alauzet et Cauchy sur le droit commercial et international, de MM. Ducrocq sur le droit administratif français, de Fooz sur le droit administratif belge, et aussi des travaux de l'Académie des siences morales de Naples.

D'autres membres ont appelé l'attention sur des documents curieux, sur trois coutumiers d'Alsace récemment publiés (rapport de M. Humbert, p. 178), sur des actes de vente remontant aux XIIe et XIIIe siècles, remarquables en ceci qu'ils ne contiennent aucune désignation de prix, sur une sentence de l'officialité d'Agen du 23 juin 1335, donnant une idée de la compétence très-vaste conquise alors en matière civile par les juridictions ecclésiastiques (mémoires de M. Fons, p. 267 et 316), sur l'histoire de l'ancienne Université de Toulouse (M. Rodière p. 210), sur les écrits inédits de Cujas (MM. Sacase et Heffter, p. 539). Ce serait une erreur de croire que ces travaux n'ont qu'un intérêt local. Leur utilité générale est très-grande. M. Humbert l'a fort bien dit « De même « qu'une histoire de France exacte et complète ne sera possible « qu'après une longue série de travaux de détail sur les faits « historiques relatifs à chaque province, ainsi l'histoire géné- « du droit français suppose également une étude préalable et « approfondie de la plus grande partie des statuts locaux. » (P. 178.)

Au milieu de travaux théoriques dont nous allons bientôt parler, se trouve l'examen par MM. Pagés et Molinier d'une difficile question de droit pénal, fournie par la pratique : c'est celle de savoir si l'adjudicataire d'un immeuble peut subroger un tiers, moyennant un prix déterminé, au bénéfice de son adjudication, pendant le délai de la déclaration de command à intervenir à son profit, ou durant celui de la surenchère? La chambre des requêtes de la Cour de cassation a résolu affirmativement cette question le 23 juillet 1866, contrairement aux conclusions de M. l'avocat général P. Fabre. Elle a refusé de voir dans un semblable traité une entrave à la liberté des

Digitized by Google

enchères et d'y faire l'application de l'article 42 du Code pénal.

Les romanistes trouveront dans ce recueil plus d'un article qui les attirera : des analyses d'un livre de M. Grasset *sur l'antiquité romaine au siècle de Trajan* (rapport de M. Caze, p. 413), et d'une ouvrage où M. Henriot, conseiller à la Cour de cassation, a réuni tous les fragments d'auteurs latins pouvant faire la lumière sur quelque point de la science juridique. *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome d'après les poëtes latins* (Rapport de M. Galles, p. 19). Ils liront surtout avec profit les pages consacrées par M. Massol à exposer et justifier la règle romaine : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* (p. 419-504). Quoi qu'en aient dit des auteurs graves, Thibaut, Gans et beaucoup d'autres, cette règle n'est pas de pur droit civil; elle est une conséquence directe du principe que l'héritier est le continuateur juridique de la personne du défunt, qualité qui ne saurait être divisée. Les textes du Digeste ont fourni contre notre règle diverses objections. M. Massol écarte ces difficultés par une interprétation ingénieuse des lois 15, §§ 2 et 19, D., *De inofficioso testamento*, § 3. Ins., *De adoptionibus*, 14 pr., D., *De bon, poss. cont. tab.* et par une explication restrictive du privilége accordé aux militaires de mourir partie testat, partie intestat. Dans une seconde partie, le lecteur voit quel fut le sort de cette règle sous l'ancien droit français, comment elle fut combinée avec la saisine, quelle influence elle doit exercer aujourd'hui encore sur l'interprétation de nos Codes, bien que presque tous les commentateurs pensent qu'elle est abrogée.

L'économie politique occupe un rang honorable dans les études de l'Académie.

Un compte rendu fait par M. Rozy (V. p. 276) du *Cours* de M. Batbie fait connaître aux retardataires qui ne l'auraient pas encore lu les doctrines du professeur de Paris. Dans ce travail, qui emprunte un vif reflet des qualités brillantes de l'original, nous retrouvons fidèlement reproduites, parfois discutées courtoisement, ces doctrines, où M. Batbie, sans cesser jamais d'être économiste, n'a jamais oublié qu'il est jurisconsulte : sur la monnaie, la liberté des banques, le libre-échange, et sur la réserve héréditaire, pour le maintien de laquelle le professeur a présenté des considérations purement économiques,

Digitized by Google

bien faites pour être adressées à ses nombreux adversaires.

Chacun sait en effet que sur ce point l'opinion de M. Batbie n'est point partagée par les économistes, qui ne se sont pas consacrés autant que lui à l'étude du droit. M. Courcelle-Seneuil l'avait vivement combattue en 1865, et, de son côté, avait invoqué surtout des raisons juridiques, sans doute pour mieux convaincre les partisans endurcis du Code Napoléon. M. Bressolles (p. 37-101) lui a répondu et l'a réfuté, non sans prendre une revanche sur les économistes qui accusent trop aisément autrui d'ignorer leur science. M. Courcelle-Seneuil avait commis quelques erreurs, bien excusables, sur la liberté de tester en droit romain et la nature du rapport en droit français. Son argumentation, dans sa partie juridique, repose sur cette donnée, que le droit de propriété n'est que l'extension de la personnalité humaine, qu'il s'éteint par suite à la mort du propriétaire, que les biens de celui-ci se trouvent à la disposition du législateur, et qu'il n'y a pour lui aucun motif d'assurer la transmission d'une partie de ces biens aux enfants ou ascendants du défunt. M. Bressolles s'attaque tout d'abord à cette affirmation qui fait de la propriété un droit purement viager, et qui de plus la soumettrait jusque dans son essence à l'arbitraire du législateur. Cette réfutation bien conduite et à notre avis convaincante, nous a très-naturellement rappelé une réfutation des mêmes doctrines que combat M. Bressolles, faite par M. Bertauld dans sa *Liberté civile* (ch. VI du *Droit de propriété*, et ch. XI, p. 218.)

Ces travaux ne sont pas les seuls qui, dans le *Recueil* de l'Académie, traitent de la science économique. Un mémoire important (p. 349-411) est consacré à l'étude d'une matière de droit civil qui se rattache autant qu'aucune autre à cette science : je veux dire le régime hypothécaire.

L'auteur de ce *Mémoire*, M. Huc, commence par distinguer nettement deux idées trop souvent confondues jusqu'aujourd'hui, l'organisation du régime hypothécaire, l'organisation du crédit foncier. Ces deux institutions diffèrent par leur but. Tandis que tout régime hypothécaire tend, ou doit tendre *à donner toute sécurité à ceux qui traitent sur les immeubles*, l'objet du crédit foncier, est celui-ci : *Étant donné un système hypothécaire aussi bon que possible, trouver*, EN DEHORS DE CE SYSTÈME,

Digitized by Google

le moyen de diriger vers l'agriculture les capitaux qui ont une tendance naturelle à aller vers l'industrie (p. 354).

M. Huc s'intéresse peu au développement du crédit foncier; il le redoute plutôt, frappé qu'il est du peu de services rendus par les entrepreneurs de banques agricoles, et surtout des dangers qu'offrirait pour les cultivateurs la facilité d'emprunter, alors que le taux normal de l'argent est trop élevé si on le compare aux bénéfices que peut rapporter la culture. Sans contester l'exactitude en fait de ces deux motifs, l'opinion qu'elles appuient pourrait, ce semble, être combattue avec avantage. L'argent *est le nerf de tout*, a dit un économiste distingué : de l'agriculture, comme du reste. Une bonne organisation du crédit foncier aurait pour résultat de fournir à ceux qui exploitent le sol le capital qui leur manque, et de le leur faire arriver par des voies sûres, à des conditions avantageuses. Si la solution du problème est difficile, elle nous paraît, à nous, « fort désirable. » (V. p. 355.)

M. Huc réserve toute sa sollicitude pour le régime hypothécaire.

La loi du 23 mars 1855 a réalisé un progrès notable; mais elle a laissé subsister les anciens rouages, l'ancien fonctionnement de la machine hypothécaire; elle a laissé subsister par suite de nombreux inconvénients.

Le régime hypothécaire actuel est vicieux en ce que les renseignements fournis par les registres sont incertains, quant à la désignation des personnes et à la désignation des parcelles hypothéquées. Les résultats fâcheux qu'il produit sont encore aggravés par l'insuffisance des désignations d'immeubles contenues dans les actes concernant les transactions immobilières. Un exemple curieux est fourni pour justifier ce dernier point (p. 363).

Voilà, en résumé, le mal auquel il faudrait remédier. Quel remède appliquer?

Après avoir écarté plusieurs propositions impraticables, ou parce qu'elles bouleverseraient l'économie de nos Codes, ou parce qu'elles violeraient tout principe de responsabilité individuelle, M. Huc, revenant aux maux qu'il a constatés, étudie l'influence de la spécialité de l'hypothèque sur la désignation précise des immeubles grevés. Suivant lui, il serait bon de permettre l'hypothèque conventionnelle générale (ch. IV),

Digitized by Google

mais d'exiger toujours, pour les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles, la détermination du chiffre de la créance garantie. Deux registres seraient, il est vrai, nécessaires l'un pour les hypothèques générales, l'autre pour les hypothèques spéciales; mais l'auteur refuse de voir là une complication dans les écritures. D'ailleurs la spécialité actuelle, qui n'était pas même dans l'intention du législateur, est illusoire comme moyen de publicité; elle n'entraîne point la désignation exacte des parcelles hypothéquées.

Mais alors la réunion du cadastre à la conservation des hypothèques ne pourrait-elle pas combler cette lacune? Bien que ce procédé soit mis en usage en Hollande, en Allemagne, à Genève, l'auteur pense que l'organisation de la propriété en France, sa mobilité incessante et le morcellement du sol rendent ce système impossible chez nous. Le cadastre cependant peut servir de base à la réforme proposée. Voici comment. Tous les actes constitutifs de droits réels immobiliers devraient contenir (sous peine d'amende) et les registres du conservateur devraient reproduire le numéro de la parcelle grevée. De cette manière les confusions aujourd'hui faciles deviendraient impossibles, du moins en ce qui concerne les hypothèques spéciales.

Tel est, en résumé, le système proposé par M. Huc.

Nous saisissons cette occasion d'annoncer qu'un travail nouveau sur ce grave sujet de législation vient de paraître. *La Rénovation du cadastre;* chez P. Dupont et A. Durand. C'est l'œuvre d'un ancien magistrat, M. Noizet, qui s'est tout spécialement occupé de ces matières et qui en 1857 publia sur ce sujet un livre fort remarqué.

On peut voir déjà si les membres de l'Académie ont répondu à l'éloquent appel fait à leur laborieuse bonne volonté par leur honorable président, M. Albert, dans son discours de commencement d'année (p. 17). Les études mentionnées toutefois ne sont pas les seules que nous trouvons dans le recueil.

La haute philosophie juridique y est représentée par une analyse du grand ouvrage d'Ahrens, l'*Encyclopédie juridique* ou *exposition organique de la science du droit et de la politique d'après les principes de la philosophie morale du droit*. Ce travail, dû à M. Chauffard, juge au tribunal d'Albi, sert de préface à la traduction, encore inédite, de cette œuvre monumen-

Digitized by Google

tale, l'une de celles qui maintiennent la science allemande contemporaine à la hauteur où Savigny l'a placée. Grâce à ce magistrat, le public français peut déjà pressentir le mérite de ce livre. Dans sa préface M. Chauffard résume les prémisses historiques et philosophiques, servant de frontispice à l'exposition de la méthode d'Ahrens. Le professeur de Leipzig a tenté de concilier l'école dont Savigny fut le chef, avec l'école à laquelle il appartient lui-même.

Bientôt en France tous ceux qui ne sont point familiarisés avec la langue allemande pourront apprécier cette œuvre synthétique de classement et d'application entreprise séparément chez nous par des philosophes et des jurisconsultes, notamment par Oudot, le professeur de la Faculté de Paris, trop tôt enlevé à l'affection de ses collègues et de ses auditeurs. (V. notice nécrologique sur M. Oudot par M. Bonnier, *Revue critique* 1864, t. XXV, p. 558.)

II.

Le livre dans lequel Oudot avait condensé le résultat d'une partie de son enseignement a pour titre : *Du droit de famille.* Il est surtout important et curieux parce qu'il contient l'application de la méthode adoptée par le regrettable professeur dans ses leçons orales. Cette méthode, il l'avait exposée théoriquement dans deux ouvrages publiés de son vivant, en 1846 et 1856, les *Premiers essais de philosophie du droit* (1re et 2e parties) et *Conscience et science du devoir* (4e partie, liv. IX et X). Les jugements qu'on en aurait portés auraient été forcément incomplets, aucune application pratique de ses idées n'ayant été faite par lui en dehors de sa chaire.

La méthode exclusivement dogmatique a été peu en faveur parmi les jurisconsultes qui ont expliqué nos Codes: Zachariæ seul l'a adoptée. Par la hardiesse et la complète indépendance, Oudot, tel que la publication partielle de son œuvre vient de nous le révéler, mérite autant que le jurisconsulte allemand d'être rangé parmi les dogmatiques purs.

Notre tâche est de mettre les lecteurs de la *Revue* à portée d'en juger.

Pour répondre au titre du livre, l'auteur a maintenu en dehors de ses explications toute cette partie du droit des personnes

Digitized by Google

qui ne rentre pas dans le *droit de la famille.* Il ne s'occupe ni de la jouissance et de la privation des droits civils, ni des actes de l'état civil, ni du domicile, ni de l'absence proprement dite; quelques observations sont présentées sur les trois articles qui terminent ce dernier titre et qui, réglant la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu, rentraient dans le cadre tracé. L'ouvrage contient dans un ordre très-différent de celui du Code l'explication presque non interrompue des art. 141 à 515 composant la fin du quatrième et les sept derniers titres du livre premier de notre Code.

A la première page l'auteur indique le sens juridique qu'il donne au mot *famille.* C'est la collection des personnes unies par les liens suivants : 1° lien de cohabitation entre l'homme et la femme, 2° lien de parenté, 3° lien d'alliance, 4° lien d'amitié, soit d'amitié pure et simple, soit d'amitié fortifiée par les relations d'adoption entre-vifs, de tutelle officieuse ou d'adoption testamentaire.

Cette définition une fois donnée, il entre immédiatement en matière.

L'ouvrage est divisé en quatre parties :

Dans la première partie, de beaucoup la plus considérable, l'auteur recherche quels sont les *objets du droit de famille*; dans la seconde il est traité de *l'acquisition des droits et obligations de famille;* dans la troisième des *modalités des droits et obligations de famille ;* dans la quatrième *de l'extinction des droits de famille.*

A. La première partie est subdivisée en dix livres.

1° La famille, dans le sens large du mot latin *familia,* a le droit d'agir. Son action s'exerce ou par un de ses membres, ou par une collectivité, ou par des agents auxiliaires de la famille chargés de garder la personne protégée, d'administrer ses biens, de contrôler ou de surveiller certains autres agents.

L'action individuelle, exercée par la personne investie de la puissance paternelle, ou par le parent, en ce qui touche le droit de demander l'interdiction du parent, sera étudiée plus loin.

L'action collective appartient au conseil de famille, en qui la puissance publique et le pouvoir domestique sont représentés, la première par le juge de paix, le second par les parents ou amis. La composition, la tenue de ce conseil, l'objet de ses

Digitized by Google

délibérations sont successivement examinés. L'auteur, pour donner plus de clarté à son exposition, distingue trois ordres de conseils de famille ; *a*) le conseil composé tout entier de personnes prises dans ces quatre catégories, ou dans plusieurs ou dans une de ces catégories, *ascendants*, *ascendantes*, *frères germains*, *maris de sœurs germaines* ; *b*) le conseil composé de personnes prises en dehors de ces quatre catégories ; *c*) le conseil mixte composé d'une fraction du premier ordre et d'une fraction du second ordre (p. 15).

A la suite sont examinés : *l'objet* des délibérations, le *degré de force* de ces délibérations — section dont le titre est un peu vague, mais dont le contenu est fort net et se trouve déterminé suivant que l'assemblée a à donner un *conseil* officieux, un *avis* officiel, ou une véritable *décision*, — puis les causes qui frappent de nullité ces délibérations, les modes de pourvoi contre celles qui, en soi, sont valables, enfin la responsabilité des membres du conseil, responsabilité qui d'ailleurs n'est soumise qu'à la règle générale de l'article 1382.

2° La cohabitation légitime entre l'homme et la femme donne naissance à des droits et à des obligations. La conséquence première découlant de cette situation est l'incapacité de la femme, incapacité qui varie suivant le régime matrimonial auquel les époux se sont soumis, depuis la séparation de biens (contractuelle) jusqu'au régime dotal.

Oudot a été certainement frappé du lien qui rattache l'étude du contrat de mariage à celle du mariage lui-même. Il a une tendance à les réunir, comme l'a fait Zachariæ. S'il ne les réunit qu'à moitié, c'est vraisemblablement à cause de nécessités extérieures (V. plus loin). Suivant lui, l'incapacité de la femme, édictée par le législateur français, a pour cause *unique*, quoi qu'ait dit Mourlon (p. 71 à 73), le désir de conserver la paix du ménage. Les conséquences, discutables, selon nous, qu'il tire de cette thèse en font bien voir l'importance (p. 107, 108, 109, 126).

Dans l'analyse de cette matière juridique, l'éminent professeur s'occupe de l'incapacité de la femme *de rendre sa condition pire, de rendre sa condition meilleure.* Cette distribution, de nature à surprendre l'esprit, est-elle bien utile ? Tout d'abord on en peut douter. Il est permis d'en douter plus fort quand on lit les développements et quand on voit que l'auteur,

Digitized by Google

après avoir adopté cet intitulé, n'y revient que bien peu dans l'intérieur des sections. Il étudie l'incapacité de la femme au point de vue des actes *d'administration* et *d'aliénation*. C'est le point de vue ancien, c'est celui du Code, articles 223, 1449, 1536.

Les causes qui peuvent restreindre l'incapacité reçoivent le nom générique d'*assistance donnée à la femme, majeure ou mineure, pour lever son incapacité.* Ce n'est autre chose que l'autorisation avec les effets qu'elle entraîne. Ici nous trouvons un excellent exposé de l'autorisation par justice, des cas où elle peut, des cas où elle ne peut point suppléer à l'autorisation du mari, et des principes qui régissent la nullité résultant de l'incapacité de la femme. Cette nullité, absolue sous l'ancien droit français, est maintenant relative, sauf en matière d'acceptation de succession (p. 133) et de donation (p. 135), où la controverse est très-vive.

La cohabitation légitime n'est pas la seule à créer des droits et des obligations ; il en est aussi qui dérivent de la cohabitation *assimilée à la légitime* (mariage putatif), de la cohabitation illégitime, de la cohabitation légitimée (par mariage subséquent).

3° L'autorité dirigeant l'éducation, l'instruction et la fortune du mineur appelle ensuite l'attention.

Le mineur, *a*) n'est pas émancipé, *b*) ou il est émancipé. *a*) Dans le premier cas sa situation varie suivant qu'il appartient à une famille légitime ou à une *famille illégitime.*

S'il est membre d'une famille légitime, il peut être soumis à la puissance paternelle seule. Alors il doit obéissance à son père, en ce qui touche l'instruction et l'éducation, et ce devoir a pour sanction le droit de correction du père. Ses biens sont soumis à l'usufruit de celui-ci. De plus il est incapable quant aux actes de la vie civile, mais son incapacité a une cause tout autre que celle de la femme mariée, la nécessité de protéger l'inexpérience de son âge. Il ne peut pas rendre sa condition pire (p. 182). L'analyse de sa situation juridique conduit à reconnaître que le mineur a dans deux cas la capacité complète de jouissance et d'exercice de son droit (art. 19 et 32 de la loi du 21 mars 1832 et 1308 du Code Nap.), dans deux cas l'incapacité complète et de jouissance et d'exercice (donation ordinaire, art. 903 et 904 C. Nap., et compromis, art. 83 et

Digitized by Google

1004 C. pr.), dans tous les autres cas la capacité de jouissance mais l'incapacité d'exercice (p. 184 et suiv.). Le mineur dans ses actes doit être *assisté* ou *représenté* : assisté dans les cas des articles 1095, 1308, 1398; représenté partout ailleurs. — Une énumération détaillée des différences existant entre le pouvoir paternel et la tutelle termine ce chapitre.

Le mineur appartenant à une famille légitime peut encore être soumis à l'autorité paternelle et à l'autorité tutélaire réunies. — Si le père survit à la mère, il exerce à la fois la double autorité que l'on vient de dire. Il faut donc se demander quelles sont les *conséquences générales* de l'état de tutelle quant à la désignation des personnages qu'il met en présence et à leurs devoirs respectifs, tuteur, protuteur, subrogé tuteur (p. 212-219) administrateur provisoire ou tuteur *ad hoc*, conseil de famille et tribunal. Il faut se demander ensuite quelles sont les *conséquences particulières* applicables à la tutelle du père (p. 220 et suiv.) les devoirs qu'elle lui impose (p. 22-2), les droits qu'elle lui donne (p. 252 et suiv.). — Si c'est la mère du mineur qui survit, des règles différentes seront applicables quant à la *puissance maternelle* (p. 269), à l'usufruit, à l'incapacité, suivant que la mère contractera ou non un nouveau mariage. Ce chapitre est précédé d'une explication bien placée de l'article 393 (curateur au ventre). — Si le mineur a perdu et son père et sa mère, il est soumis à l'autorité tutélaire seule. Nous arrivons ici à l'étude spéciale de la tutelle (art. 285 à 320), de ses espèces : tutelle des ascendants, testamentaire, dative, de leur délation, du pouvoir qu'elles donnent aux divers tuteurs, de la combinaison de ce pouvoir avec celui du conseil de famille en ce qui touche la garde de la personne (p. 311) et l'administration des biens. — En dernier lieu, il peut arriver que le mineur ait ses père et mère ou l'un d'eux vivants, mais que tous deux, ou l'un d'eux, soient dans un empêchement de droit ou de fait d'exercer la puissance paternelle ou la tutelle. Les obstacles à l'exercice de la puissance paternelle sont l'absence (art. 141 à 143 du Code), la démence des deux époux ou de l'un d'eux, la séparation de corps, la perte totale ou partielle de la puissance paternelle ou de la tutelle (art. 334, 335; 28, 34, § 4, 35 Cod. pén.), enfin quelques empêchements spéciaux de la tutelle, excuses et exclusions, dont l'étude est renvoyée plus loin (p. 334).

Digitized by Google

Le mineur non émancipé appartenant à une *famille illégitime* n'a que fort peu attiré l'attention du législateur. Oudot étudie sa situation juridique d'abord en cas de coexistence des père et mère illégitimes, au point de vue de la puissance paternelle, à laquelle il est soumis, et au point de vue de son incapacité; puis lorsque le mineur n'a ou ne connaît que son père seul, que sa mère seule; quand son père et sa mère sont inconnus ou sont morts; enfin lorsque son père et sa mère ou l'un d'eux sont vivants, mais que tous deux, ou l'un d'eux, se trouvent dans un état d'empêchement de droit ou de fait d'exercer la puissance paternelle ou la tutelle dative.

Trois titres très-brefs sont consacrés à l'étude de l'autorité dirigeant l'éducation, l'instruction et la fortune du mineur non émancipé dans la famille assimilée à la légitime — dans la famille légitimée — dans la famille qui se propose d'adopter.

Le titre suivant (le 6e) comprend le même sujet, dans la famille du tuteur officieux. Suit une explication partielle de cette espèce de tutelle — d'après le droit commun, — d'après les stipulations particulières.

A défaut de la famille proprement dite, ses devoirs et ses droits passent à l'État, dont l'autorité dirige l'éducation, l'instruction et la fortune des mineurs dans les hospices.

b) On arrive à la seconde hypothèse générale posée au commencement de ce troisième livre, celle où le mineur est émancipé. L'auteur commence son étude de l'émancipation par la description de ses *effets* — cessation de la puissance paternelle et de l'usufruit légal, cessation partielle de l'incapacité et détermination de la capacité qu'il acquiert; — il la continue en énumérant les causes d'acquisition et en faisant connaître la durée de l'émancipation. Il la termine par un exposé magistral de la question de savoir quel est au juste le caractère de la nullité des actes faits par le mineur.

4° Le quatrième livre traite des droits et obligations de la famille quant à la direction de certains actes importants de la vie des mineurs et des majeurs. Ces actes sont : *a*) le mariage, pour lequel est nécessaire le consentement de ceux qui sont investis de l'autorité dans la famille; *b*) le choix de la profession religieuse — décret du 18 février 1809 —; *c*) le choix de la profession militaire, commerciale, industrielle; *d*) l'entrée dans

Digitized by Google

une famille nouvelle par l'adoption ou la tutelle officieuse; *e*) le droit pour les ascendants de faire entre leurs descendants un partage anticipé de leurs biens; *f*) le droit pour les mêmes d'en faire une répartition inégale, soit par disposition ordinaire, soit par substitution (art. 1048). En terminant, l'auteur expose les conséquences juridiques du respect dû pendant toute la vie aux ascendants.

5° L'assistance aux indigents forme l'objet du livre V. On examine dans trois titres : *a*) à quelles personnes est imposée l'*assistance de la bourse*, dans les cas de cohabitation, de parenté, d'alliance, d'amitié — tutelle ordinaire, tutelle officieuse, adoption —; les devoirs de l'État; l'ordre successif dans la dévolution de la dette alimentaire entre les diverses classes de débiteurs; l'hérédité de cette dette; *b*) quel est l'objet de l'assistance de la bourse; *c*) quelle en est l'étendue.

6° Dans ce livre et les deux suivants, on applique au droit de famille, quant à la protection due, cette distinction qui consiste à diviser les personnes d'après l'état fâcheux, soit momentané, soi continuel, de leurs facultés physiques ou intellectuelles. Et d'abord, quels sont les droits et obligations de famille quant aux aliénés non interdits soignés à domicile ou dans un établissement? Les explications portent sur la création de ces maisons destinées à améliorer la santé des aliénés, les cas où la loi autorise, ceux où elle prescrit le placement des aliénés dans un établissement; sur la condition des aliénés non interdits soignés à domicile; sur la condition des aliénés non interdits après leur entrée dans un établissement, leur incapacité de rendre leur condition pire, leurs représentants, la nullité de leurs actes, leur incapacité de rendre leur condition meilleure. En un mot ce livre contient l'explication, dans l'ordre que nous venons de faire connaître, de la loi du 30 juin 1838.

7° Nous passons à la situation de l'aliéné interdit. Nous trouvons dans un premier titre l'examen des questions de savoir quelles personnes peuvent être interdites, quelles personnes peuvent provoquer l'interdiction. Puis se présentent à propos de l'interdit toutes les questions résolues dans le livre précédent à propos de l'aliéné non interdit.

8° Ces mêmes questions se présentent aussi et sont examinées

Digitized by Google

à propos du faible d'esprit (art. 499) et du prodigue (art. 513 et suiv.).

9° Si l'assistance positive est due aux incapables et aux prodigues, cette assistance, sous peine de devenir une tyrannie, doit disparaître quand la cause qui l'avait appelée disparaît elle-même. Nécessité par suite de parler des moyens d'empêcher la séquestration des prétendus aliénés ou des aliénés guéris, de la mainlevée de l'interdiction, de la mainlevée de l'incapacité des personnes pourvues d'un conseil judiciaire.

10° Reste une dernière classe d'incapables. Ce sont les interdits pour crime. De même que pour les autres, l'auteur étudie leur incapacité, leurs représentants, la nullité de leurs actes.

Ici s'arrête la première partie de l'ouvrage. Il nous reste à analyser les trois dernières. Heureusement nous devrons être bref. Si la première partie comprend 600 pages du volume, les trois autres sont contenues dans les 92 pages qui restent, et encore nombre d'entre elles ne renferment que quelques lignes.

B. La seconde partie (p. 601-628) traite de l'acquisition de chacun des droits et obligations dont on vient de parler : acquisition du droit de faire partie du conseil de famille, acquisition des droits et obligations résultant de la cohabitation, et ainsi de suite, en suivant l'ordre que nous connaissons. Un livre nouveau est intercalé cependant; il traite, ou plutôt il aurait traité, de l'acquisition de l'obligation d'assistance envers les absents. Un seul de ces intitulés est suivi de quelques développements. C'est celui du troisième livre qui porte sur l'acquisition des droits de famille quant à la direction de l'éducation, de l'instruction et de la fortune du mineur. Nous trouvons là une exposition de la matière des excuses *a suscipienda tutela.*

C. La troisième partie (p. 622-631), *des modalités, des droits et obligations de famille*, ne pouvait guère être longue. « Dans « les matières du droit de famille déterminateur, dit Oudot, « l'application des modalités de condition et de terme se pré« sente peu, et son importance pratique est trop faible pour « qu'elle mérite d'attirer longtemps notre attention. » (P. 630.) Sans doute; mais alors pourquoi faire de ceci une division capitale?

Digitized by Google

D. La quatrième partie comprend l'*extinction des droits et obligations de famille*, toujours en suivant l'ordre précédemment adopté. Extinction du droit de faire partie d'un conseil de famille, extinction des droits et obligations résultant de la cohabitation — séparation de corps — extinction des droits et obligations relatifs à la direction de l'incapable — majorité, guérison de la personne protégée, indignité de la personne investie de l'autorité, excuses *a suscepta tutela*.—Sur ces trois points, l'auteur a laissé des notes assez étendues pour que la lecture en soit profitable. Quant aux six derniers livres, ils ne sont représentés que par leur intitulé.

Telle est la marche suivie par Oudot dans l'étude du droit de famille. Que dire maintenant des qualités de cette œuvre?

Et d'abord de la méthode? Sans doute, elle a de grandes qualités de hardiesse originale et de vraie nouveauté. Mais elle a aussi des défauts. Certes, ce n'est pas la faculté de vue générale qui a manqué à l'auteur; il la possédait au plus haut point, et il l'a montré dans cet ouvrage où l'étendue et les frontières du droit de famille sont largement tracées. Mais on ne peut s'empêcher de reconnaître que la distribution des matières, telle qu'il l'a faite, manque de proportion. La seule forme extérieure du livre en témoigne. Sans doute, il ne faut pas pousser trop loin l'exigence de la symétrie; on tomberait aisément dans la puérilité. Cependant si dans certaines branches des connaissances humaines, dans les sciences naturelles et surtout dans les sciences mathématiques, la méthode est rigoureusement tracée et s'impose à l'esprit, dans l'étude du droit, au contraire, la liberté du professeur est plus grande, une certaine part est laissée à ses préférences pour coordonner et bien discipliner les choses compliquées qu'il lui faut enseigner. Il doit donc, sans s'y soumettre aveuglément, tenir compte de la loi des proportions et ne pas disposer ses matières de telle sorte qu'une division principale demande tout un volume, tandis que la division voisine du même ordre sera épuisée en quelques lignes.

La règle qui veut que l'on passe de l'idée simple aux idées qui le sont moins a préoccupé l'auteur; il l'a très-bien observée, notamment dans l'étude de l'incapacité de la femme, sous les différents régimes matrimoniaux. (V. p. 145.) Mais cette règle, jointe à la liberté de la méthode dogmatique, impose le

Digitized by Google

devoir de placer chaque chose à sa place et à la place unique qu'elle doit occuper dans le plan qu'on a construit. Les renvois cependant sont nombreux dans cet ouvrage. (V. p. 43 et suiv., 156, 200, 304, 320, 445, 455, 553; 321 à 334, 385, 406.) Ces renvois, et quelques rares hommages forcément rendus à la méthode exégétique (V. p. 246 à 252, l'explication de l'article 475), s'expliquent par les exigences d'un programme universitaire qui causa tant de gêne à l'éminent professeur. (V. *Premiers essais de philosophie du droit*, 3e et 4e partie, et *Conscience et science du devoir*, t. II, p, 460.)

La méthode dogmatique a ceci d'excellent, quand elle est employée par un esprit comme celui d'Oudot, qu'elle permet de rapprocher des idées, des théories, que le commentaire pur laisse toujours séparées, et qui, ainsi rapprochées, s'éclairent les unes les autres.

La terminologie employée dans ce livre renferme des nouveautés heureuses et quelques autres qui ne sont pas sans danger. Le mineur *assisté* doit être distingué du mineur *représenté*. La puissance exercée sur l'enfant par la mère, à défaut du père, est nommée puissance *maternelle*. Quoique l'auteur ne laisse pas ignorer à ses élèves que l'enfant illégitime n'a pas de famille en droit, il se sert néanmoins de ces mots, *famille illégitime*. (V. p. 335 et 452.) Cette expression se justifie quand on se rappelle le sens très-compréhensif donné dans ce livre au mot *famille*. Quoi qu'il en soit de son langage juridique, l'auteur relève, et toujours avec justesse, celui des rédacteurs du Code. (V. p. 15, 208, 278, 449, 450, 633, 639.) Du reste, sa critique ne s'arrête pas à la forme; elle pénètre plus avant, et sait fort bien découvrir le défaut des solutions législatives. Les observations présentées sur les articles 417 et 451 en sont une preuve. (V. aussi p. 297 et 337.)

Un style toujours limpide fait que l'on apprécie sans effort le mérite des idées philosophiques quand l'auteur recherche, par exemple, la vraie cause de l'incapacité de la femme en droit français; la finesse de son analyse juridique quand il retrace les différences de l'autorisation et du mandat donné par le mari à la femme (p. 119 à 123), la loyauté de sa polémique doctrinale quand il discute les nombreux systèmes qui se sont produits sur la nullité des actes du mineur. (V. 404 et suiv.)

Ces qualités excellentes font que ce livre est digne de la

Digitized by Google

grande notoriété de son auteur. M. Demangeat, en le publiant, pour accomplir la demande de son maître vénéré, n'a pas seulement rempli un pieux devoir, il a rendu un nouveau service à la science [1]. H. CHRÉTIEN.

COMMENTAIRE DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867

SUR LES SOCIÉTÉS,

Par Louis TRIPIER, avocat à la Cour impériale de Paris, docteur en droit. (2 vol. in-8°. Gustave Retaux, Paris, 1867.)

Voici une nouvelle et très-utile publication de M. L. Tripier, l'auteur de cette belle édition des *Codes français* qui a rendu de si grands services aux études juridiques. Il serait puéril d'insister sur l'importance pratique de la loi du 24 juillet 1867. Chacun sait combien l'enfantement en a été laborieux, et dès à présent le monde des affaires sent l'indispensable nécessité d'un guide qui puisse en éclairer l'application.

Quelle devait être la nature de ce premier travail publié en quelque sorte au lendemain de la promulgation de la loi? M. Tripier a pensé « que le meilleur commentaire à faire, et « même le seul possible en l'état présent, c'est-à-dire tant « que la jurisprudence n'aura pas parlé, consiste à rapporter « tous les documents relatifs à la loi, avec un ordre tel, que « le lecteur puisse, en lisant un article, se reporter et trouver « immédiatement tout ce qui a été dit sur cet article, tant « dans les exposés des motifs que dans les rapports et la dis- « cussion au Corps législatif. » — Ce que M. Tripier donne au public, c'est donc, non pas un commentaire dont il serait l'auteur, c'est le commentaire de la loi tel qu'il résulte des travaux préparatoires.

Il y aurait assurément des réserves à faire sur le rôle un peu effacé que M. Tripier assigne à la doctrine dans l'inter-

[1] La direction de la *Revue critique*, au lieu de choisir un des articles qui lui ont été envoyés par MM. Duverger et Chrétien, a cru bon de les publier tous les deux tant par respect pour la mémoire de M. Oudot que par égard pour les auteurs des articles bibliographiques. — V. dans la livraison de septembre-octobre le remarquable compte-rendu de M. Duverger, professeur à la faculté de droit de Paris. (*Note de la direction.*)

Digitized by Google

prétation des lois nouvelles. Nul ne songe à nier la part considérable qui revient à la pratique des affaires et à la jurisprudence dans l'élaboration doctrinale du droit. Mais, si le jeu des intérêts qui se meuvent sous l'application d'une loi ouvre incontestablement des aperçus nouveaux, que n'aurait pas devinés la pénétration du jurisconsulte théoricien le plus subtil, nous croyons du moins qu'il appartient à la science théorique d'ouvrir la voie en dégageant les principes qui se cachent sous les prescriptions de la loi, et de préparer ainsi le travail de la jurisprudence. Nous espérons que la loi sur les Sociétés ne tardera pas à être l'objet de publications conçues à ce point de vue.

Les deux volumes de M. Tripier viendront en aide à ceux qui voudront tenter ces publications, et ils conserveront encore toute leur utilité, même après qu'elles auront paru. Longtemps ils demeureront le manuel indispensable de quiconque aura à étudier la loi du 24 juillet 1867, soit au point de vue doctrinal, soit au point de vue de l'application pratique. La règle, cette maîtresse en matière d'interprétation juridique, c'est qu'il faut faire produire à la loi les effets qui ont été dans l'intention du législateur. De là l'importance des travaux préparatoires, surtout quand la sténographie permet de conserver aux discussions législatives leur physionomie sincère, au lieu de les mutiler dans un pâle résumé. De là l'utilité d'un livre qui, en les réunissant, dispense de les exhumer des colonnes du *Moniteur* et permet au magistrat, au jurisconsulte, aux hommes d'affaires, à tous les intéressés, d'y recourir avec la plus grande facilité.

Dans le travail de M. Tripier, on peut suivre toute l'élaboration de la loi sur les sociétés, depuis la présentation du projet au Corps législatif jusqu'au vote d'adoption définitive. Exposés de motifs, rapports de la commission, discussions en séance publique, projets successivement amendés, sont fidèlement reproduits. Le texte de la loi est rapporté à la fin du deuxième volume, et forme une table naturelle des matières qui renvoie, sous chaque article, aux divers passages des travaux préparatoires qui en donnent l'explication. Une série unique de numéros qui divise tous les documents publiés, rend les renvois et les recherches on ne peut plus faciles. En somme, c'est un travail modeste, mais les travaux les plus ambitieux ne sont pas toujours les plus utiles, et l'on peut dire que M. Tripier, en pu-

Digitized by Google

bliant celui-ci, s'est acquis de nouveaux titres à la reconnaissance des jurisconsultes, et qu'il a rendu un service considérable aux hommes d'affaires et au public.

C. BUFNOIR,

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

NÉCROLOGIE.

M. THÉODORE NEUVILLE.

L'enseignement de droit vient de faire une perte sensible : M. Théodore Neuville, professeur à la Faculté de droit de Dijon, a été emporté le 20 octobre dernier, dans toute la force de l'âge, par une fièvre typhoïde compliquée de pleurésie. Il n'avait pas quarante-sept ans. Depuis quelque temps on le savait gravement atteint, mais on espérait pour le sauver dans sa forte constitution et la robuste santé que donnent des habitudes régulières et un travail assidu; il n'en devait pas être ainsi.

Les professeurs de la Faculté de droit de Dijon, l'une des plus illustres entre toutes, perdent en M. Neuville un de leurs meilleurs collègues, et les étudiants un de leurs guides les plus dévoués. Après des études brillamment commencées à l'École de Paris et achevées à l'Université de Heidelberg, M. Neuville entra dans l'enseignement en 1850. Un concours avait été ouvert à Dijon pour une chaire de Code Napoléon vacante à la Faculté de droit; il eut l'honneur de l'emporter sur deux concurrents redoutables, dont l'un, M. Georges Besnard, est mort plus jeune encore et dans tout l'éclat d'un talent qui a laissé de longs souvenirs. Les dix-sept années de professorat de M. Neuville ont été bien remplies et l'on peut dire que pas une heure n'en a été perdue. Il y a eu des professeurs plus brillants, il n'y en a pas eu de plus utiles : son érudition puisée aux meilleures sources et enrichie par un travail incessant, il eut le courage de la garder pour lui tout entière. Pour être accessible au plus grand nombre, il ne donna jamais

Digitized by Google

à ses élèves qu'un enseignement élémentaire dont ils sentent mieux les fruits à mesure qu'ils s'en éloignent.

Mais ce n'est pas seulement dans sa chaire qu'il fallait voir M. Neuville, il fallait connaître aussi sa conscience scrupuleuse dans les moindres devoirs de son état, l'ardeur communicative qu'il apportait à toutes choses, son zèle presque excessif, son intérêt affectueux pour les jeunes gens qu'il suivait dans leur carrière longtemps après qu'ils avaient quitté les bancs de l'école. Ses conseils, son temps, ses livres, tout était pour eux; ses leçons préparées, et avec quel soin! il prenait sur ses soirées pour leur donner quelques notions d'économie politique et diriger deux conférences qu'il avait fondées, l'une pour les étudiants, l'autre pour les aspirants à l'agrégation. Comment s'étonner après cela qu'il n'ait rien écrit? Il y avait, si je m'en souviens bien, dans ses cartons, l'ébauche d'un livre sur la puissance paternelle; est-il achevé? J'en doute; quand on travaille tant pour les autres, on n'a plus le temps de songer à soi. Aussi la jeunesse reconnaissante de l'École de Dijon gardera-t-elle fidèlement la mémoire de M. Neuville; pour moi qui fus deux ans son élève et qui lui fus uni par les liens d'une amitié particulière, j'ai tenu à honneur de lui rendre ce dernier hommage et d'exprimer au nom de mes anciens condisciples les regrets que nous laisse sa mort prématurée.

EUGÈNE GARSONNET,
Agrégé à la Faculté de droit de Douai.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL DE JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE,

Par M. Albert CHRISTOPHLE,
docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

I. *Expropriation pour cause d'utilité publique. — Inexécution de travaux projetés.— Droit de préemption.— Concours de l'acquéreur et de l'ancien propriétaire.*
II. *Travaux publics. — Ouvriers blessés. — Action en indemnité. — Compétence.*

I. Divers textes de la législation administrative ont établi au profit des propriétaires voisins de terrains acquis pour des travaux d'utilité publique un privilége spécial emprunté à la législation anglaise[1] et qui, dans la pratique, a reçu le nom de droit de préemption. Ce privilége consiste dans la faculté accordée à ces propriétaires d'acquérir, sous certaines conditions déterminées, des terrains dont l'administration fait cesser l'affectation à un service public. Ainsi l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807 autorise les propriétaires de maisons situées sur la voie publique à obtenir la cession des terrains retranchés de cette voie par des arrêtés d'alignement. De même, l'article 19 de la loi du 21 mai 1836, relatif aux chemins vicinaux, veut qu'en cas de changement de direction ou d'abandon d'un chemin vicinal, en tout ou en partie, les propriétaires riverains de la partie de ce chemin qui cesse de servir de voie de communication puissent faire leur soumission de s'en rendre acquéreurs et d'en payer la valeur, qui est fixée par des experts nommés dans la forme déterminée par l'article 17. Les lois des 7 juillet 1833 et 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique contiennent une disposition analogue. D'après l'article 60 de ces deux lois, « si les terrains acquis pour les travaux d'utilité publique ne reçoivent pas cette destination, les anciens propriétaires ou leurs ayants droit peuvent en demander la remise. » — Enfin la loi du 24 mai 1842, relative aux portions de routes royales délaissées par suite de changements de tracés ou d'ouverture d'une nouvelle route, stipule expressément que les propriétaires voisins des parcelles d'une

[1] *Forces commerciales de la France*, par M. le baron Dupin, p. 105.

Digitized by Google

route déclassée ont le droit d'acheter, chacun en droit soi, les parcelles attenantes à leurs propriétés[1].

Ces textes sont l'expression d'une pensée commune. D'une part, il a paru nécessaire que les terrains qui cessent de recevoir une destination d'utilité publique fussent rendus aussitôt que possible à la circulation générale et redevinssent susceptibles de transactions privées. Il serait extrêmement regrettable que le domaine public conservât indéfiniment, lorsque l'administration les juge inutiles aux services publics, des terrains dont l'initiative privée peut seule tirer parti. — D'un autre côté, l'équité exigeait que la retrocession se fît au profit des riverains. Puisque « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique » (art. 545 du C. Nap.), il est juste, l'utilité publique cessant, de réunir les parcelles délaissées aux propriétés dont elles ont été autrefois détachées.

Tels sont dans les diverses hypothèses, prévues par les textes cités ci-dessus, les fondements mêmes du droit de préemption. Mais cette base commune, une fois reconnue, il importe de remarquer que le droit s'exerce dans deux cas essentiellement distincts, et que la rétrocession peut être demandée soit après l'expropriation, mais avant que le terrain ait reçu l'affectation en vue duquel il a été séparé de la propriété privée (cas prévu par l'art. 60 de la loi du 3 mai 1841), soit après que le terrain, affecté pendant un temps plus ou moins long à une destination d'utilité publique, a cessé, en vertu d'une décision administrative, de recevoir cette destination (cas prévu par les lois des 16 septembre 1807, 21 mai 1836 et 24 mai 1842).

On comprend que la différence des situations ait de l'influence sur les conditions d'exercice du droit de préemption. C'est ainsi, par exemple, qu'un débat fort grave s'élève, à l'occasion de la rétrocession fondée sur l'article 60 de la loi du 3 mai, sur le point de savoir si l'acquéreur du terrain dont la parcelle a été détachée par l'expropriation peut, de préférence à son vendeur, prendre possession du terrain délaissé en en payant le prix à l'administration. Cette difficulté n'existe pas quand il s'agit d'une rétrocession demandée après que le ter-

[1] V. aussi décret du 26 mars 1852, relatif aux rues de Paris (art. 2).

Digitized by Google

rain affecté à des travaux d'utilité publique est restitué à la circulation générale. Tous les textes relatifs à cette hypothèse accordent expressément le droit de demander la remise aux propriétaires riverains. On ne tient nul compte alors de la qualité d'ancien propriétaire : il suffit, pour que la demande soit recevable et fondée, que le réclamant prouve que sa propriété est limitrophe de la parcelle à rétrocéder. Ainsi d'après l'article 53 de la loi du 16 septembre 1807, le privilége de préemption est concédé au propriétaire de la maison contiguë au terrain sur lequel il demande à avancer sa construction. De même, d'après l'article 19 de la loi du 21 mai 1836, c'est aux propriétaires *riverains* de la partie du chemin qui cesse de servir de voie de communication que la loi permet de s'en rendre acquéreurs. De même encore, la loi du 24 mai 1842 par son article 2 ne concède la faculté de préemption, en termes formels et positifs, qu'aux riverains de la route déclassée. C'est enfin à titre de riverain que les propriétaires à Paris peuvent user du privilége que leur réserve le décret du 26 mars 1852 sur les rues de Paris (art. 2), bénéfice spécial, il est vrai, mais qui présente, avec celui dont nous nous occupons en ce moment, une analogie frappante.

Quand il s'agit de la rétrocession fondée sur les dispositions de la loi du 3 mai 1841, on peut se demander si la qualité de riverain a la même efficacité. Le vendeur de la propriété dont la parcelle à rétrocéder a été détachée et qui n'est plus riverain, a-t-il conservé son droit à la rétrocession? Ce droit, au contraire, n'est-il pas passé entre les mains de son acquéreur? La question est délicate et diversement résolue.

La difficulté a son siége dans les articles 60 et 61. D'après l'article 60, le droit à la rétrocession est accordé aux anciens propriétaires ou à *leurs ayants droit*.— Quel est le sens précis de cette expression : *ayants droit?* Comprend-elle les successeurs à titre particulier, l'acquéreur, le donataire, le légataire? Ne doit-elle s'entendre, au contraire, que de l'héritier, du successeur *in universum jus*? Et par conséquent l'ancien propriétaire ne doit-il pas toujours être préféré à l'acquéreur, qui ne tient de lui que le surplus de la propriété?

M. Delalleau[1] soutient que l'acquéreur peut exiger, de

[1] *Traité de l'exprop. pour cause d'util. publ.*, t. 2, n° 1145.

Digitized by Google

préférence à l'ancien propriétaire, la rétrocession de la parcelle détachée pour l'expropriation de l'immeuble qu'il a acheté. Il le peut, puisqu'il est le représentant de l'ancien propriétaire, pour tout ce qui tient à l'immeuble par lui acquis. Le vendeur, dit-il, en aliénant sa propriété a tacitement transmis tous les droits qui se rattachaient à cet immeuble et n'a pu équitablement se réserver celui de réclamer éventuellement la remise du surplus du terrain qui n'est pas employé aux travaux d'utilité publique. M. Delalleau ajoute que lorsque le propriétaire est mort et lorsque l'immeuble, dont le terrain non employé aux travaux a fait partie, est échu en partage à l'un des héritiers, c'est à celui-ci et non à tous les héritiers qu'appartient le droit de réclamer la rétrocession. De même si cet immeuble a été légué par l'ancien propriétaire, c'est au légataire et non à l'héritier légitime qu'appartient le bénéfice de l'article 60 [1].

M. Gand [2], M. Dalloz [3] et un arrêt de la Cour de Paris du 29 avril 1865 confirmé par la Cour de cassation [4], ont adopté la doctrine contraire. Pour ces auteurs et pour la Cour de Paris, le vendeur ne transmet aucun droit à l'acquéreur sur la portion de l'immeuble dont il était exproprié avant la vente. Or le droit de préemption n'est pas conféré directement aux successeurs du propriétaire exproprié par cela seul qu'ils sont détenteurs de l'immeuble dont une partie a été détachée par l'expropriation; il ne leur appartient, le texte de l'article 60 en fait foi, que comme subrogés aux droits de l'ancien propriétaire. L'acquéreur, le donataire, en un mot tout successeur à titre particulier se trouve ainsi privé de ce bénéfice spécial, à moins de stipulations particulières. Il n'y a pas plus de droits qu'il n'en a sur l'indemnité d'expropriation afférente à la parcelle détachée, dans le cas où cette indemnité serait encore due par l'administration [5]. C'est donc au profit de l'ancien

[1] V. en ce sens : Cotelle, t. 2, n° 771; Herson, n° 348; Dumay sur Proudhon, t. 2, p. 249; de Peyronny et Delamarre, n° 726; Daffry de la Monnaye, p. 454; Malapert et Protat, n° 659.

[2] P. 385, note 199.

[3] *Rép.*, v° *Expropriation*, n° 744.

[4] S. V. 67, 1, 261 et l'arrêt de cassat. du 19 mai 1867, rendu dans l'affaire.

[5] Cass. 11 nov. 1861, S. V. 62, 1, 41; D. P. 62, 1, 94; cass. 20 janv. 1864, S. V. 64, 1, 130; D. 64, 1, 76.

Digitized by Google

propriétaire que s'opère la résolution des droits du domaine public. Dépouillé sous une condition qui ne s'est pas réalisée, c'est à lui seul qu'il appartient de rentrer en possession de la partie de son immeuble qu'il n'a pu ni voulu transmettre à l'acquéreur ou au donataire du surplus de sa propriété.

Cette dernière opinion repose sur des données dont la valeur n'est pas également incontestable. Il est difficile d'admettre, par exemple, l'assimilation que l'on veut établir entre le droit à l'indemnité d'expropriation afférente à la parcelle, et le droit de préemption. Prétendre qu'un acquéreur peut demander et obtenir le payement d'un terrain exproprié avant sa prise de possession sur son vendeur, c'est évidemment ne tenir aucun compte des règles les plus simples de la justice et du droit. Le droit de préemption n'est pas pour l'acquéreur d'un exercice aussi lucratif. Les rôles changent. Celui qui invoque le bénéfice de l'article 60 n'a pas d'indemnité à recevoir : il faut au contraire qu'il paye, au prix généralement plus que rémunérateur, fixé par le jury, le terrain qui n'a pas reçu la destination d'utilité publique projetée. L'équité ne se trouverait pas blessée ici d'une manière aussi fâcheuse et aussi évidente.

Faut-il conclure de là que le droit de préemption soit un de ces accessoires de la chose vendue qui passent nécessairement, aux termes de l'article 1615 du Code Napoléon, aux mains de l'acquéreur? Non certes : les droits accessoires dont parle la loi civile comme faisant partie de la vente et comme transmis *ipso jure* à l'acquéreur sont ceux qui sont indispensables à l'usage perpétuel de la chose vendue. Or, le droit de préemption s'appliquant à une parcelle étrangère à l'objet spécial et précis du contrat, le plus souvent inutile à la jouissance libre et complète de la partie aliénée, ne forme pas avec celle-ci un tout indivisible et nécessaire. Qu'on puisse y voir un droit réel comme l'action en revendication aux caractères de laquelle il participe indubitablement, il n'importe, s'il n'est pas attaché, comme partie intégrante, à la propriété vendue. Or il est certain qu'il n'est pas établi sur l'immeuble exproprié au profit de la partie conservée après l'expropriation. La transmission de celle-ci n'entraîne donc pas nécessairement et forcément la cession de ce droit au profit de l'acquéreur.

Digitized by Google

Cette argumentation, à ne consulter que les principes du droit commun, est irréprochable; mais est-elle décisive et l'opinion contraire ne peut-elle pas se soutenir à l'aide de considérations puissantes empruntées à la législation spéciale dont il s'agit avant tout de rechercher les motifs. Le doute, nous le croyons, est permis.

Quel est le motif essentiel, la base fondamentale du droit de préemption en général? Nous l'avons vu, le but du législateur a été de faire cesser des morcellements aussi nuisibles à l'intérêt général qu'à l'intérêt privé. Or, si on refuse à l'acquéreur, au profit de son vendeur, le droit d'obtenir la remise de la parcelle qui le touche, il arrivera forcément, dans ce cas particulier, que le droit de péremption détourné de son but, éternisera le morcellement. La loi autorise le dessaisissement du domaine public, afin que la parcelle réunie aux terrains dont elle a été détachée puisse être facilement utilisée, afin que son isolement cessant, elle puisse être comprise dans l'exploitation du domaine qui seul peut vraiment en tirer parti. Et voilà qu'au contraire l'exercice de cette faculté, si on le refuse à l'acquéreur, va permettre à un tiers de s'interposer entre le domaine public et la propriété dont la parcelle a été détachée, ressuscitant ainsi toutes les gênes et toutes les entraves que le législateur a voulu prévenir! Des lambeaux de terrain vont rester par suite incultes sans valeur; par eux-mêmes, ils vont, entre les mains de l'ancien propriétaire, pour peu qu'il veuille profiter de la situation, devenir l'objet d'une spéculation odieuse à l'égard de son acquéreur. Ce résultat contre lequel protestent tous les textes antérieurs et postérieurs à l'article 60 de la loi du 3 mai 1841, n'est-il pas en contradiction manifeste avec ces textes? N'est-il pas repoussé par l'esprit qui a inspiré cette disposition? L'affirmative ne semble pas douteuse? Comment donc la qualité de riverain ne serait-elle pas prédominante comme elle l'est lorsqu'il s'agit de l'application de ces lois? Toute distinction entre les deux hypothèses n'est-elle pas arbitraire?

A cette objection pressante, la doctrine contraire oppose un argument qu'elle considère comme péremptoire. Loin d'être arbitraire, dit-on, la distinction se justifie par une observation décisive empruntée aux principes du droit commun. Lorsque la rétrocession est demandée dans les cas prévus par les lois

Digitized by Google

de 1807, 1836 et 1842 la propriété du domaine sur la parcelle délaissée est une propriété pure et simple, inconditionnelle : elle a tous les caractères de la propriété ordinaire. Le droit du domaine public est absolu. L'affectation au service public cessant, l'administration devient donc libre de rétrocéder limitativement aux riverains à l'exclusion des anciens propriétaires dont les droits sur la parcelle expropriée se sont définitivement et irrévocablement éteints par le fait de l'exécution des travaux.

Or il n'en est pas de même dans le cas de l'article 60 de la loi du 3 mai 1841, c'est-à-dire lorsque le droit à la rétrocession s'ouvre avant cette exécution. Dans ce cas la propriété du domaine n'a pas acquis un caractère définitif ; la condition sous laquelle le domaine est devenu acquéreur vient à défaillir, et la propriété renaît et se reconstitue au profit de l'exproprié, qui seul peut bénéficier des conséquences de la résolution. C'est ce qu'exprimait fort clairement M. Legrand, commissaire du roi lors de la discussion de la loi du 7 juillet 1833. « L'État, disait-il, n'a pas acquis au même titre qu'un simple particulier : il n'a pu devenir propriétaire qu'à condition : les terrains ne lui ont été vendus que pour cause d'utilité publique. Si cette cause ne se réalise pas, il est juste que les propriétaires dépossédés puissent, s'ils le veulent, recouvrer la jouissance des immeubles qu'ils ont cédés et ce n'est qu'à leur refus de les reprendre à un prix équitablement réglé que l'administration peut procéder à une vente publique[1]. » Le droit de préemption n'est donc ici qu'une application des règles en matière de condition résolutoire.

On ne saurait méconnaître la gravité de ces considérations. Elles comportent cependant quelques objections. Est-il permis de dire, avec toute assurance, que l'article 60 de la loi du 3 mai 1841 présente un cas ordinaire de condition résolutoire, c'est-à-dire de cette condition qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère aux termes de l'article 1183, Code Napoléon, la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même et semblable état que si l'obligation n'avait pas existé? Est-ce tenir un compte suffisant des conditions spéciales dont la loi sur l'expropriation a entouré le droit de préemption? Est-il vrai que,

[1] *Moniteur* du 14 mai 1833, p. 1852.

Digitized by Google

le fait de l'inexécution des travaux, qui constituerait à lui seul l'accomplissement de la condition résolutoire, ait pour effet légal, nécessaire, de faire revivre le droit de l'exproprié et de remettre les choses au même état que si l'expropriation n'avait pas été consommée? ne faut-il pas, au contraire, que d'une part, l'administration déclare qu'elle entend faire cesser sa prise de possession, que d'autre part, l'exproprié ou son ayant droit fasse connaître son intention d'acquérir, et qu'enfin il soit passé acte de ce consentement après fixation nouvelle du prix? Tout cela ne constitue-t-il pas un nouveau contrat, une nouvelle convention, et non pas l'anéantissement pur et simple de l'expropriation définitivement consommée? Or, si l'État revend et si l'exproprié ou son ayant droit rachète, l'un et l'autre agissant en pleine liberté (car on ne peut pas plus contraindre l'administration à revendre [1] que l'exproprié à rentrer dans sa propriété), peut-on voir dans cette disposition spéciale de l'article 60, qui exige un nouvel accord des volontés et une nouvelle fixation du prix de la revente, une application pure et simple, des principes en matière de condition résolutoire?

Ces questions sont assurément délicates, et nous sommes, pour notre compte, porté à croire que l'expropriation confère au domaine public, même avant l'exécution des travaux, un droit définitif et inconditionnel. Il est vrai que l'administration a la faculté, dont personne ne la peut contraindre à user, de déclarer qu'elle entend rétrocéder les parcelles non utilisées, et qu'en règle générale l'article 60 appelle l'ancien propriétaire au bénéfice de cette rétrocession. Mais il le fait à la fois par un sentiment de justice et dans l'intérêt général, et non pas parce que la propriété du domaine viendrait à disparaître par l'effet d'une véritable condition résolutoire. En un mot l'article 60 crée un droit exceptionnel, un bénéfice spécial, un véritable privilége, le mot est dans l'article 61. Sans doute le législateur a cru juste et convenable, qu'en général l'ancien propriétaire fût appelé à l'exercer. Mais il y a loin entre une disposition toute de faveur et la consécration à son profit d'un droit rigoureux, absolu, pouvant exercer toujours, et alors même que les conditions nouvelles dans les-

[1] Cass., 28 déc. 1852, D. P. 53, 1, 40.

Digitized by Google

quelles se trouve l'ancien propriétaire rendraient la rétrocession aussi fâcheuse pour les intérêts privés, qu'elle serait regrettable au point de vue de l'intérêt général.

II. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui attribue à la juridiction administrative la connaissance des torts et dommages procédant soit du fait des entrepreneurs soit du fait de l'administration dans l'exécution des travaux publics, s'applique-t-il aux actions qui ont pour objet la réparation de blessures ou d'accidents arrivés aux personnes. L'autorité judiciaire ne doit-elle pas au contraire être saisie des demandes en dommages-intérêts intentées par les individus blessés par suite de l'exécution de travaux publics?

La thèse de la compétence judiciaire a été plusieurs fois soutenue au conseil d'État par les commissaires du gouvernement. « Pas plus en l'an VIII qu'en 1790 (disait M. Faré, à l'audience du 22 novembre 1863), en créant une juridiction pour statuer sur les contestations que peuvent faire naître l'exécution des travaux publics, on ne songeait à étendre sa compétence au delà de la propriété, au delà des biens; on n'entendait pas donner à ces mots « torts et dommages » ce sens si général dans lequel ils comprendraient à la fois les choses et les personnes. Le rapport de Rœderer sur la loi du 28 pluviôse an VIII, disait dans ses termes brefs et expressifs, qu'elle avait pour but *d'assurer à la propriété* des juges accoutumés au ministère de la justice. Dans un document dont tous les termes étaient soigneusement pesés et mesurés, ces expressions sont significatives[1]. »

Le 16 décembre suivant, M. Robert n'était pas moins explicite. « Les difficultés que peut soulever dans la pratique la question de savoir s'il s'agit ou non d'un fait résultant d'un travail public, nous font toutefois hésiter à fonder la compétence en cette matière sur une distinction tirée de la *cause* du dommage; et pour faire ici avec certitude la part du conseil de préfecture et de l'autorité judiciaire, c'est, suivant nous, *l'objet* de l'accident qu'il faut avant tout considérer. Il nous paraît certain que la loi du 28 pluviôse an VIII n'a voulu attribuer aux con-

[1] V. *Rec. Lebon*, 1863, p. 771.

Digitized by Google

seils de préfecture que la connaissance des préjudices causés à la propriété, qu'il s'agisse d'immeubles ou de meubles, et que cette loi a laissé sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire à l'autorité judiciaire tout ce qui concerne les dommages faits aux personnes pour blessures, mutilation ou privation de la vie[1].... »

Cette thèse a-t-elle reçu l'assentiment du Conseil d'État? Est-elle la traduction exacte de sa pensée? C'est un point que de très-nombreux arrêts n'ont pas réussi à élucider complétement et sur lequel il est bon d'appeler l'attention.

Avant de faire l'historique de la jurisprudence, il est intéressant de faire observer, afin de limiter et de circonscrire l'étude que nous voulons en faire, que deux hypothèses se présentent. Ou bien la victime de l'accident est, à un titre quelconque, employée aux travaux : ou bien, au contraire, elle est entièrement étrangère soit à l'entreprise, soit à l'administration qui les fait exécuter. Nous laisserons aujourd'hui de côté cette dernière hypothèse, et nous ne nous occuperons que de la première, celle où il s'agit d'actions à raison d'accidents arrivés à des ouvriers et qui présente plus de complications et de véritables difficultés.

Des arrêts du Conseil d'État rendus dans cette hypothèse, il semble résulter que, jusqu'à ces derniers temps au moins, la jurisprudence n'avait pas entendu poser un principe absolu, inflexible. Ses arrêts s'inspirent d'une distinction qui a trait, non pas, comme le voulaient les commissaires du gouvernement, à l'objet du dommage, mais à la qualité de l'auteur de ce dommage et aux relations légales de la victime avec lui. S'agit-il, par exemple, de travaux exécutés par l'intermédiaire d'entrepreneurs ou de concessionnaires, l'ouvrier blessé, la veuve ou les héritiers de l'ouvrier tué, doivent pour le règlement de l'indemnité s'adresser à l'autorité judiciaire. S'agit-il, au contraire, d'accidents arrivés à des ouvriers employés directement par l'administration, l'action en indemnité est de la compétence des tribunaux administratifs. Telle est la doctrine, suivant nous, parfaitement exacte et vraie que des arrêts nombreux du Conseil d'État ont appliquée et à l'appui de laquelle ces arrêts ont donné les motifs les plus puissants.

[1] V. *id.*, p. 822.

Digitized by Google

Un arrêt du 11 décembre 1856[1] a jugé en ce sens que l'action dirigée par un ouvrier contre un entrepreneur de travaux publics est de la compétence des tribunaux ordinaires s'il travaillait au compte de l'entrepreneur lorsqu'il a été blessé. « L'appréciation des obligations de l'entrepreneur vis-à-vis de ses ouvriers ne rentre pas, a dit le Conseil d'État, dans les cas prévus par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII[2]. » De même, dans une affaire plus récente[3], le Conseil a décidé que l'action dirigée par la veuve d'un ouvrier contre une compagnie de chemin de fer, assignée comme responsable d'un fait d'imprudence ou de négligence d'un entrepreneur, n'étant pas de celles qui doivent être décidées par application des clauses du cahier des charges de l'entreprise, il n'appartient pas à la juridiction administrative d'en connaître en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Rien de plus juste, en effet, et de plus conforme aux principes. Les rapports établis entre les entrepreneurs ou compagnies concessionnaires de travaux publics et leurs ouvriers ou employés sont des rapports purement privés. Le contrat qui s'établit entre eux crée un lien de pur droit civil, et l'appréciation des droits et des obligations des uns et des autres rentre par suite dans le domaine réservé à l'autorité judiciaire, en vertu du principe qui attribue à celle-ci la connaissance de l'interprétation et des conséquences juridiques de tout contrat intervenu, même à l'occasion d'un travail public, mais en dehors du fait de l'administration, entre les entrepreneurs ou concessionnaires et les tiers[4]. M. le commissaire du gouvernement Faré, dans ces mêmes conclusions dont nous avons déjà cité un passage, expliquait, comme nous le faisons en ce moment, la pensée du Conseil d'État sur le point qui nous occupe. « Les tribunaux administratifs, disait-il, ne sont pas compétents dans tous les cas, leur compétence cesse quand il s'agit de contestations entre l'entrepreneur et ses ouvriers, ou d'une façon plus générale et suivant une jurisprudence constante, quand il y a débat entre l'entrepreneur et ses sous-trai-

[1] Aff. Matheret, *Rec.*, p. 713.

[2] V. enc. 4 fév. 1858, Maugeant. *Rec.*, p. 121.

[3] 22 nov. 1863, veuve Boisseau, *Rec.*, p. 771.

[4] V. Cons. d'État, 2 fév. 1854, Revolle, *Rec.*, p. 71 ; 7 mai 1857, Lépaulle, *Rec.*, p. 380; cass., 22 août 1864, Denis, etc., etc.

Digitized by Google

tants. Le motif est facile à saisir. Dans le débat entre l'entrepreneur et les sous-traitants, l'administration est désintéressée : elle n'est pas partie au procès : ses droits ne sauraient être compromis quelle que soit la décision qui intervienne [1].»

Si tel est le motif essentiel des arrêts sur cette première question et si, comme nous le croyons, ce motif échappe à toute critique sérieuse, il en faut conclure que la connaissance de ces sortes d'actions appartient au contraire à la juridiction administrative, lorsque le débat s'élève non plus entre un concessionnaire ou un entrepreneur et un de leurs ouvriers ou ayants droit, mais entre l'administration directement en cause et l'un de ses propres employés. Cette conséquence forcée, la jurisprudence l'a consacrée dans la pratique. D'abord elle n'a jamais été sérieusement contestée dans le cas où l'action est dirigée contre l'État. Le ministre des travaux publics a prétendu, il est vrai, qu'à lui seul il appartenait de statuer sur ces sortes d'affaires en vertu du principe qui attribue aux ministres le droit de constater et de reconnaître les dettes de l'État. Mais cette prétention a été écartée à diverses reprises [2], et l'autorité contentieuse administrative a été proclamée à l'exclusion tant de l'autorité ministérielle que de l'autorité judiciaire [3], même dans un cas où l'État n'était en cause que comme séquestre d'une compagnie de chemin de fer [4]. — De plus, la compétence administrative a été encore constatée et reconnue, lorsque l'accident a pour cause des travaux exécutés pour le compte d'une ville et dirigés par ses propres agents. Un arrêt du tribunal des conflits du 17 avril 1851, rendu dans une affaire Rougier contre la ville de Marseille, a renvoyé l'action intentée par l'ouvrier blessé devant l'autorité administrative et on peut citer encore, comme inspiré par la même pensée, un arrêt postérieur du 19 juin 1856, dans une affaire Tonnelier contre la commune de Vinneuf [5].

L'étude de ces nombreuses décisions et leur rapprochement montre ainsi jusqu'à l'évidence la distinction persistante que

[1] V. *Rec. Lebon*, 1863, p. 772, et aussi les conclusions de M. de Lavenay, aff. Breuil, *Rec.*, 1858, p. 703.

[2] V. Cons. d'État, 9 déc. 1858, Breuil, *Rec.*, p. 703.

[3] V. 27 août 1833, Questel, *Rec.*, p. 518 ; 19 déc. 1839, Lœmlé, *Rec.*, p. 593.

[4] V. 16 août 1860, Passemar, *Rec.*, p. 663.

[5] *Rec. Lebon*, p. 434.

Digitized by Google

le Conseil d'État a faite pendant plus de trente ans, à partir de l'époque où pour la première fois (29 août 1833), il a été saisi de ces sortes de questions, entre le cas où l'ouvrier a été blessé dans le cours de travaux exécutés directement par l'administration (État, Départements, Communes), et celui où l'accident a été occasionné par des travaux concédés ou adjugés à un entrepreneur. — Conservant dans le premier cas la connaissance de l'affaire, il renvoyait dans le second le litige relatif à la fixation des dommages intérêts à l'autorité judiciaire. Le nombre et la diversité des espèces dans lesquelles le Conseil d'État avait eu à statuer, les motifs nets, précis et vraiment juridiques à l'aide desquels il justifiait cette distinction, autorisaient à penser qu'elle continuerait à être la règle de ses décisions, lorsqu'un arrêt encore récent paraît avoir voulu introduire une nouvelle doctrine fondée sur des motifs essentiellement différents.

Le 16 décembre 1866, le Conseil d'État, saisi par un ouvrier d'une demande tendant à faire condamner un conducteur des ponts et chaussées et le département du Nord à des dommages-intérêts, pour réparation du préjudice que lui avaient fait éprouver des blessures reçues dans les travaux d'une route départementale auxquels il était employé, a décidé que cette demande devait être renvoyée devant l'autorité judiciaire. — Les motifs sur lesquels se fonde le Conseil d'État semblent empruntés à trois ordres de considérations :

1° L'arrêt fait remarquer que l'ouvrier imputait l'accident à la négligence et au défaut de précaution du conducteur;

2° Il déclare, en thèse générale, que le préjudice dont la réparation était poursuivie, n'était pas de la nature des torts et dommages dont l'appréciation est réservée à l'autorité administrative;

3° Il ajoute, à titre de considération particulière, que devant le tribunal il n'avait été excipé d'aucun ordre ni d'aucun acte émané de l'administration dont l'interprétation eût été nécessaire pour le jugement de l'affaire.

Ce triple motif justifie-t-il la brèche que le Conseil a faite à ses anciennes doctrines? Cela nous paraît extrêmement douteux.

Il nous semble d'abord que la dernière considération invoquée par le Conseil relativement à l'absence d'un ordre ou d'un acte de l'administration dont l'interprétation eût été né-

Digitized by Google

cessaire pour le jugement de l'affaire n'était pas de nature à en motiver le renvoi devant l'autorité judiciaire. La loi de pluviôse an VIII n'a pas subordonné à cette condition la compétence de l'autorité administrative à raison des dommages résultant de l'exécution des travaux publics. Le particulier qui réclame n'a que deux choses à établir : 1° qu'un préjudice existe ; 2° que ce préjudice a sa cause dans l'exécution d'un travail public. Il n'est nullement nécessaire, pour que la juridiction administrative soit régulièrement saisie, qu'il s'élève une question d'interprétation du cahier des charges ou des ordres donnés par l'administration pour l'exécution des travaux. Il ne paraît vraiment pas nécessaire d'insister sur ce point.

L'arrêt est-il plus heureux quand il prend la peine de constater que l'accident était dû à la négligence ou au défaut de précaution du conducteur ? Faut-il, comme ce motif le donnerait à penser, faire une distinction entre le cas où le dommage est la conséquence du travail en lui-même, et le cas où il résulterait de faits imputables aux agents de l'administration ? C'est-à-dire entre la cause première, l'emploi de l'ouvrier aux travaux, et la cause spéciale et particulière, les ordres donnés à l'ouvrier en cours d'exécution ? J'avoue que je ne puis voir là qu'une pure subtilité. De quoi s'agit-il ? N'est-ce pas d'un dommage causé par suite de l'exécution de travaux publics ? Est-ce que le texte de la loi de pluviôse an VIII et l'attribution générale qu'il fait des torts et dommages à la juridiction administrative se concilient avec cette recherche des causes directes ou médiates, principales ou particulières du préjudice causé ? On ne fait pas cette recherche quand il s'agit des dommages à la propriété mobilière ou immobilière ? Pourquoi et à quel titre la ferait-on à l'occasion des torts et dommages aux personnes ?

Pas plus que le premier, ce motif de l'arrêt du 13 décembre 1866 ne saurait donc fournir un appui solide à la doctrine qu'il a consacrée. Reste le troisième. Celui-là, nous n'en disconvenons pas, ne manque pas d'une véritable gravité. Bien qu'il soit exprimé en termes vagues et généraux, la pensée du Conseil nous paraît s'y révéler d'une façon suffisamment claire : elle ne serait pas moins que l'adoption du système radical de MM. Robert et Faré. Elle aboutirait par suite, en supprimant toutes les distinctions passées et celles même que par une

Digitized by Google

sorte de contradiction, le Conseil semble par son premier et son deuxième motif vouloir conserver ou introduire, au renvoi de toutes les questions de dommages aux personnes devant l'autorité judiciaire.

« Le préjudice dont se plaint le sieur Auroux, a dit le Conseil, n'est pas de la nature des torts et dommages dont l'appré ciation est réservée à l'autorité administrative. » — Ce qui veut dire, en bon français, que la loi de pluviôse an VIII, n'a attribué à celle-ci que la connaissance des dommages à la propriété.

Nous ne voulons pas discuter avec les développements qu'elle comporte cette thèse radicale. Nous dirons seulement en deux mots qu'elle nous semble arbitraire en présence du texte général et absolu de l'article 4 de la loi de pluviôse an VIII. « Le conseil de préfecture prononcera : ... 4° Sur les « réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et « dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs « et non du fait de l'administration. » Restreindre ces mots « torts et dommages » aux préjudices causés à la propriété mobilière ou immobilière sous le prétexte que, dans son rapport sur la loi de pluviôse, Rœderer disait que cette loi avait pour but d'assurer *à la propriété* des juges accoutumés au ministère de la justice[1], c'est, il me semble, prêter aux expressions d'un rapport une portée et des conséquences assurément fort inattendues et bien éloignées de la pensée même de son auteur. — Il est vraisemblable que le Conseil d'État ne s'est pas laissé entraîner par cet argument, mais qu'il aura pensé que ces questions, par leur nature même et l'instruction qu'elle exigent, rentraient mieux dans la spécialité de l'autorité judiciaire. L'intérêt administratif ne lui a pas paru engagé et, faisant un pas de plus vers les doctrines qui tendent à limiter de plus en plus la sphère d'action de la juridiction administrative, il a cru qu'il n'y avait pas d'inconvénient à lui retirer la connaissance de ces sortes d'affaires. A ce point de vue fort étranger aux considérations juridiques, nous ne pourrions qu'applaudir à la nouvelle jurisprudence.

[1] V. plus haut les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Faré.

ALBERT CHRISTOPHLE.

Digitized by Google

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

DES ORIGINES ET DU SYSTÈME GÉNÉRAL DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867.

Par M. Ch. Beudant, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

DEUXIÈME ARTICLE[1].

29) Jusqu'alors, la commandite par actions n'avait été régie que par les principes du droit commun. Trois articles du Code de commerce en consacraient l'existence (art. 38, 43, 44); mais elle n'y était l'objet d'aucune règle spéciale. Elle se constituait comme la commandite simple; elle était organisée et gérée comme elle; pour les clauses que la division du capital en actions pouvait rendre nécessaires ou utiles, la loi s'en remettait aux parties : elles pouvaient librement régler les conditions de l'association.

La prudence des intéressés s'étant montrée insuffisante à éviter les périls de cette situation, la loi de 1856 multiplie les formalités et les restrictions préventives, dans le but louable, mais un peu présomptueux, de réduire à l'impuissance la fraude et la mauvaise foi. Afin de défendre les actionnaires contre leurs propres entraînements, contre les manœuvres dont leur crédulité avait souvent rendu le succès facile, elle rédige, pour ainsi dire, à l'avance et pour tous, des statuts sociaux modèles. Tout est prévu : le taux et la forme des actions sont fixés; les conditions sous lesquelles elles peuvent être émises et négociées sont réglées; le mode d'évaluation des apports en nature et des avantages réservés aux fondateurs et gérants est déterminé; la constitution de la société est soumise à des formalités rigoureuses, prescrites à peine de nullité; portant enfin sa prévoyance jusque sur la marche et l'avenir des sociétés, le législateur pose les règles à observer dans leur administration, dans leur surveillance...., etc. Les tiers sont, en quelque sorte, dispensés d'examiner le contrat avant de s'engager; il ne peut être que sagement combiné : les exigences prévoyantes de la loi sont supposées tenir

[1] V. le présent tome, p. 404.

Digitized by Google

lieu de prudence. Afin d'écarter des commandites le dol et les mécomptes, le législateur, ainsi qu'on l'a fort bien dit, tient les fondateurs pour suspects et les traite comme tels, les actionnaires pour des imbéciles, à tout le moins pour des prodigues qui ne sauraient faire un pas sans lisières.

30) Accueillie avec défiance, la loi du 17 juillet déconcerta l'esprit d'entreprise.

Son vice radical est d'avoir érigé en règles absolues des prescriptions motivées par des faits particuliers; en d'autres termes, d'avoir rendu toutes les sociétés responsables des actes imprudents ou coupables de quelques-unes; tel un médecin qui, à force de ne s'occuper que de cas pathologiques, oublierait que le monde est, en général, composé de gens sains et bien portants, et voudrait préventivement soumettre tout le monde à la diète. Si les sociétés sont honnêtement combinées, loyalement conduites, la loi n'a pas à intervenir; s'il n'en est pas ainsi, tout se réduit à des questions de fraude, et nul intérêt bien compris ne s'oppose à ce que la répression en soit sévère; mais il y a loin de là à vouloir tout réglementer à l'avance : l'histoire n'enseigne-t-elle pas à chaque page que l'on a invariablement anéanti la liberté de faire le bien toutes les fois qu'on s'est ingéré, par calcul ou par aveuglement, d'enchaîner préventivement celle de faire le mal? L'association, comme toute institution, a eu ses heures de crise et ses temps de prospérité; laissez les intérêts se guider eux-mêmes: les sociétés mal constituées passeront, les bonnes subsisteront. Vainement on alléguera que les prescriptions de la loi de 1856 ont été empruntées à la pratique, copiées dans les statuts des sociétés les mieux organisées et les plus prospères : cela ne suffit pas à les justifier. Ce qui convient à une entreprise peut très-bien ne pas convenir à une autre, tout aussi honnêtement conçue, tout aussi loyalement conduite. Les situations, qu'on envisage soit le but, soit l'importance, soit le personnel des sociétés, varient à l'infini; une règle impérative et uniforme, imposant à toutes sociétés les mêmes clauses, constituassent-elles des statuts modèles en théorie, peut très-bien, en fait, ne convenir à aucune.

31) Il y a plus : mal inspirée dans le choix de ses procédés, la loi de 1856 s'est, en outre, complétement méprise sur ce qu'exigeait la situation en vue de laquelle elle fut faite. On ne

Digitized by Google

saurait trop le redire : la commandite est une forme d'association où l'élément réel doit être subordonné à l'élément personnel; elle est, par ses principes comme par la tradition, et ne peut être qu'une œuvre de confiance en une personne déterminée ou de dévouement à une idée; jamais loi n'en fera utilement une combinaison où le capital ait la suprématie, où l'assemblée des actionnaires ait le droit de dicter ses volontés à la gérance. Que la pratique ait tenté cette transformation inconsidérée, c'est tout simple. Les spéculateurs s'inquiètent peu de maintenir pures les combinaisons législatives, ils vont droit aux conceptions qui répondent le mieux à leurs vues; gênés par les exigences des articles 37 et 40 C. comm., qui rendent l'anonymat inaccessible aux opérations habituelles du commerce ou de l'industrie, ils ont naturellement essayé de transformer la commandite en simple association de capitaux : c'était le moyen de s'assurer les avantages de l'anonymat tout en évitant les difficultés et les gênes de l'autorisation. Or, qu'a fait le législateur de 1856? Loin de réagir contre cette pratique fourvoyée qui, depuis quarante ans, pense régénérer la commandite en lui infusant des éléments auxquels sa théorie répugne, il lui vient en aide et la développe; il obéit aux tendances qui ont dirigé la jurisprudence que nous analysions plus haut, et qui devaient dicter plus tard la loi du 6 mai 1863 sur les conséquences de l'immixtion : il veut, lui aussi, émanciper les actionnaires. Pour leur donner une force véritable de cohésion et de résistance, il les personnifie dans un conseil de surveillance obligatoire; pour calmer la frayeur que leur inspiraient jusque-là les conséquences de l'immixtion, et les enhardir, il indique nettement leurs obligations et augmente leurs droits.

Nous avons exposé plus haut les suites inévitables de cette direction d'idées: elle ne pouvait que multiplier les occasions de conflit, énerver la gérance sans compensation aucune et compromettre la commandite[1]. Quelques années s'étaient à

[1] Ci-dessus n° 18. On trouvera une très-intéressante et très-vive critique de la loi du 17 juillet 1856 dans l'ouvrage déjà cité de M. Vavasseur : *De la liberté des sociétés par actions*. Nous n'admettons nullement les conclusions de l'auteur; mais ses observations sur la commandite, telle que la loi de 1856 l'a admise et constituée, nous semblent judicieuses et parfaitement justes.

Digitized by Google

peine écoulées que la loi de 1856 était condamnée. C'est le sort des lois de réglementation préventive : celle qui la veille paraissait un progrès n'est plus, le lendemain, regardée que comme une entrave. Déconcertées par les précautions législatives, intimidées par la perspective prodiguée de la police correctionnelle, les combinaisons frauduleuses disparurent, ou du moins ne se produisirent plus sous la même forme; mais la loi n'avait réussi à empêcher les mauvais desseins de s'accomplir qu'en arrêtant l'exécution des entreprises honnêtes. Discréditée par ses écarts, et surtout par les mesures de rigueur dont elle avait été menacée d'abord, puis frappée, la commandite avait perdu son prestige, elle n'attirait plus les capitaux ; on avait trop parlé d'elle.

32) Cependant, il importait plus que jamais à cette époque de ne rien faire qui pût arrêter notre activité commerciale ou industrielle, qui pût entraver l'esprit d'association déjà si peu développé chez nous. Toutes les libertés se tiennent, car elles se servent réciproquement de correctif; concéder l'une, sans concéder les autres, est souvent plus dangereux qu'utile. L'avénement du libre échange, en ouvrant la carrière à la concurrence internationale, rendait indispensable que la pratique ne restât pas confinée dans cette impasse, entre la commandite affaiblie et discréditée, et l'anonymat inaccessible. Entraver à l'intérieur l'esprit d'entreprise, quand on généralisait la concurrence avec l'étranger, eût été la plus impolitique des contradictions.

Le législateur dut se remettre à l'œuvre; la loi du 23 mai 1863 ajoute une quatrième forme d'association aux trois que reconnaissait l'art. 19 C. com. : c'est la société à responsabilité limitée[1], ou pour mieux dire l'anonymat libre, sauf cette

[1] Cette dénomination est empruntée à la pratique anglaise où elle se comprend parfaitement. La limitation de la responsabilité au montant de la mise n'est propre à aucune société; elle peut être introduite dans toutes, mais seulement par un privilége spécial, octroyé par un bill ou une charte royale. Les statuts de 1856 et 1857 ont permis de déroger à ce principe dans les *joint-stock-companies*, qu'on a pu dès lors qualifier exactement de *limited*: ce sont les seules associations où les parties aient le droit de limiter elles-mêmes leur responsabilité. Chez nous, au contraire, ce droit n'est nullement une concession de la loi nouvelle : dans la commandite, soit simple, soit par actions, le commanditaire n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise (art. 26 C. comm.). Ce que présente seulement de spécial

Digitized by Google

réserve qu'il n'est accessible qu'aux entreprises dont le capital ne dépasse pas 20 millions de francs. Voici, en effet, comment M. du Miral, rapporteur de la commission du Corps législatif, définissait la nouvelle combinaison : « C'est une société anonyme dispensée de l'autorisation du gouvernement, et dans laquelle les garanties inhérentes à l'autorisation sont remplacées par une réunion de règles destinées à protéger les actionnaires et les tiers[1]. » Ces règles, sauf quelques différences résultant du caractère propre ou du mode d'administration des sociétés anonymes, sont celles dont la loi du 17 juillet 1856 avait entouré la constitution des commandites par actions.

33) Le législateur comprit-il, en introduisant l'anonymat libre dans la pratique, qu'il consacrait le résultat naturel, prévu depuis longtemps, des évolutions doctrinales depuis 1807? Il est permis d'en douter; la loi du 23 mai fut une loi de circonstance, due à des considérations de l'ordre politique. Le traité du 15 mai 1862, entre la France et l'Angleterre, venait d'accorder aux associations commerciales ou industrielles constituées dans l'un des deux pays la faculté d'exercer ses droits dans l'autre. Les *joint-stock limited companies*, véritables sociétés anonymes libres[2], obtenaient ainsi, avec

la société à responsabilité limitée, c'est que la position de tous les associés y est identique, c'est qu'il n'y a pas de gérant responsable; la seule qualification qui lui convînt, qui fût vraiment significative, eût donc été celle de société anonyme libre. M. Duvergier nous apprend que l'on a hésité à la lui donner, dans la crainte de la discréditer par cette épithète: « les mots non autorisés ou libres, dit-il, eussent été compromettants pour les sociétés qu'ils auraient désignées. » (*Exposé des motifs de la loi sur les sociétés*, p. 37). L'honorable et savant conseiller d'État aura sans doute trouvé trop bonne pour la laisser échapper cette occasion d'une épigramme à l'adresse de nos mœurs, de notre naïve habitude de ne traiter avec considération que ce qui porte l'empreinte administrative.

[1] *Moniteur* du 29 avril 1863.

[2] Les *joint-stock-companies*, sociétés de capitaux réunis, sont de création récente. Le principe de la responsabilité personnelle, et dès lors illimitée des associés, qui est le droit commun des sociétés anglaises, reçoit application toutes les fois que les tiers n'ont pas eu connaissance des dérogations qu'une convention spéciale a pu y apporter; et pour que la clause de responsabilité limitée aux mises fût réputée connue, il a fallu longtemps un acte du Parlement l'autorisant. En 1837, le Parlement transféra à la royauté le pouvoir, qui semblait alors exorbitant, de limiter par lettres-patentes la responsabilité individuelle des associés. Plus tard enfin, les sta-

Digitized by Google

l'existence légale, le droit d'opérer en France; on jugea nécessaire, en vue de la grande lutte qui se préparait, de donner à l'industrie et au commerce français, pour se procurer des capitaux, toutes les facilités dont jouissaient nos puissants voisins.

Mais peu importe l'occasion qui amène le progrès, pourvu qu'il se réalise. Le résultat est certain : jusqu'alors il a fallu, pour constituer une société anonyme, s'adresser au conseil d'État, qui avait le droit absolu d'accorder, de refuser, ou de n'accorder que sous les conditions qu'il voulait; désormais on peut le faire librement : à côté de l'anonymat autorisé, conservé pour les combinaisons spéciales et imprévues dont il reste l'asile, apparaît l'anonymat libre, mais réglementé. Les actionnaires obtiennent ainsi, sous la seule condition de se soumettre aux prescriptions de la loi, la faculté demandée sans succès jusque-là à la commandite, d'administrer eux-mêmes et de diriger l'entreprise; la forme nouvelle leur offre tous les motifs de sécurité de l'anonymat où ils sont les maîtres, en même temps qu'elle leur évite les lenteurs et les difficultés de l'autorisation gouvernementale.

34) Appelée par des vœux unanimes, la loi du 23 mai 1863 eut le sort singulier de ne satisfaire cependant personne; elle ne devait être qu'un épisode dans l'histoire de l'anonymat. C'est l'honneur et la force des principes qu'on ne fait rien de stable en dehors d'eux; or il est impossible d'expliquer, d'une façon satisfaisante, pourquoi les sociétés à responsabilité limitée ne pouvaient avoir un capital supérieur à 20,000,000 de francs. La loi, c'est là son principe, tel qu'il résulte de la

tuts de 1856 et 1857 autorisèrent les compagnies à restreindre de leur plein gré leur responsabilité, sans recourir, dans ce but, à l'autorisation gouvernementale, sous la seule condition de la publicité. A la place de l'autorisation, qui cesse d'être obligée, la loi impose une condition générale : l'enregistrement; on ne distingue plus les compagnies autorisées ou non autorisées, mais seulement les compagnies enregistrées ou non enregistrées. Du reste, les *joint-stock-companies* sont libres de confier l'administration à l'un ou à plusieurs associés, sans qu'il puisse résulter de leurs actes un engagement personnel plus étendu pour eux que pour les autres associés; c'est le système de l'anonymat de notre Code.— Sur les origines et les caractères des *joint-stock-companies*, cons. E. Ollivier, *Des sociétés anglaises*, *Revue pratique*, p. 21 et s.; sur *l'Enregistrement et sa forme*, *idem*, p. 289 et s.

Digitized by Google

définition donnée par M. du Miral, considère les conditions qu'elle appose à la constitution de l'anonymat libre, comme valant les garanties de l'autorisation, comme les remplaçant; or de deux choses l'une : ou ce point de vue est exact, et alors ces conditions suffisent pour les sociétés dont le capital dépasse 20,000,000 de francs, de même que pour celles dont le capital n'atteint pas ce chiffre; ou il ne l'est pas, et alors elles ne suffisent pour aucune. Il n'y a pas de petits intérêts pour ceux qu'ils concernent, et dont il soit légitime de se préoccuper moins que des autres. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi du 23 mai n'était qu'une loi d'essai; il n'en fut nullement fait mystère : « Un jour viendra, disait M. du Miral en terminant son rapport, où l'essor des sociétés à responsabilité limitée sera plus rapide, et où il sera permis de leur assigner un champ plus vaste[1]. » L'avénement de l'anonymat libre, sans limitation de capital, n'était déjà plus qu'une affaire de temps; quatre ans plus tard il était proclamé par la loi actuellement en vigueur du 24 juillet 1867.

C'est l'innovation la plus considérable, sans contredit, qu'ait consacrée la loi nouvelle; ce n'était pas la moins prévue, quoique deux ans auparavant on l'ait encore qualifiée de téméraire et d'utopique[2]. La loi du 23 mai l'avait préparée, et en quelque sorte annoncée; elle était de plus en parfaite conformité avec les doctrines en faveur, car l'une des tendances les plus résolues, et en même temps les plus légitimes de notre époque, est de substituer à l'ancien principe de la réglementation une liberté plus grande. L'initiative individuelle, longtemps comprimée, a acquis plus de confiance et de maturité; le mécanisme et les avantages du crédit ont été mieux compris; des doctrines économiques plus saines se sont répandues et ont fait disparaître une foule de préventions : l'intervention de la puissance publique dans les rapports entre particuliers a paru chaque jour moins utile. Il est acquis que la protection dans l'exercice des droits, puisqu'on est convenu d'appeler ainsi les empiétements de la loi sur la liberté, est une gêne illégitime, une entrave au développement du bien public, qu'elle

[1] *Moniteur* du 29 avril 1863.

[2] Langlais, *Rapport sur le projet de loi relatif aux sociétés en commandite. Moniteur* du 25 juin 1856.

Digitized by Google

doit disparaître dès qu'elle n'est pas motivée par quelque considération exceptionnelle et grave. Appliqués à la loi relative aux sociétés, ces principes devaient naturellement conduire à l'abrogation de l'article 37 du Code de commerce.

35) Quel était, en effet, dans la pensée des rédacteurs du code de commerce, le motif de la différence qu'ils établissaient entre la commandite par actions et l'anonymat, l'une ne relevant que de la volonté des partis, l'autre soumis à l'autorisation? Le seul appréciable, le seul donné d'ailleurs, c'est que, dans l'anonymat, la responsabilité est limitée aux mises pour tous les associés indistinctement : il n'y a de responsable que l'être moral société ; tandis que, dans la commandite, l'irresponsabilité des actionnaires, si ce n'est jusqu'à concurrence de leur apport, est combinée avec une gérance responsable : les tiers ont pour garants l'être moral d'abord, et de plus le gérant qui est tenu personnellement et indéfiniment des dettes sociales. On était encore mal familiarisé avec cette idée d'une responsabilité qui ne pèse sur personne, qui n'atteint qu'une fiction juridique : l'être moral. L'anonymat, dont elle est le principe, apparaissait comme une dérogation au droit commun : l'article 37 du Code de commerce le soumettait à l'autorisation préalable ; dans la commandite, au contraire, les principes sont respectés puisque la responsabilité atteint une personne déterminée, que l'on connaît et que l'on peut trouver : aucune autorisation n'était exigée. Mais pense-t-on que cette différence, considérable assurément en théorie, soit appréciable en pratique? D'une part, il ne faut pas l'oublier, le gérant, dans la société en commandite, n'est personnellement responsable qu'à l'égard des tiers ; à l'égard des actionnaires, il ne l'est que d'après les règles du mandat, conformément au droit commun, absolument comme les administrateurs d'une société anonyme : à ce point de vue, et l'on sait quelle place il a occupé dans les préoccupations législatives, la commandite n'offre pas plus de garanties que l'anonymat, il n'y a aucune raison de soumettre cette dernière forme d'association à des conditions que l'on n'imposerait pas à la première. D'autre part, envisagée par rapport aux tiers, la responsabilité éventuelle du gérant sera quelquefois un moyen de crédit, jamais une garantie efficace ; ce qui revient à dire qu'elle n'a de valeur que dans les sociétés où elle n'est pas exposée. Et comment les

Digitized by Google

hommes qui ont conquis une fortune, un nom, une autorité dans les affaires, qui offrent en un mot une surface sérieuse, iraient-ils s'engager dans la gérance des grandes commandites, de celles qui nécessitent des capitaux considérables et sur lesquels l'agiotage s'exerce, sans s'être ménagé un moyen de se soustraire au danger quand il menacera? Pareille responsabilité est inacceptable pour un homme honorable, comprenant ce qu'elle entraîne et impose; acceptée par tout autre, elle est illusoire. En fait, qui trouve-t-on dans les gérances ? M. Mathieu l'observe fort bien : « des gens plus hardis que scrupuleux[1]. » Une expérience de trente ans l'a surabondamment prouvé : la responsabilité personnelle qu'ils encourent n'a jamais pesé sur la conscience des gérants; au jour de la catastrophe, elle n'a jamais rien produit pour les créanciers.

De l'avis de tout le monde, il était devenu nécessaire, sous peine d'inconséquence, ou de soumettre la commandite par actions à l'autorisation, ou d'y soustraire l'anonymat. Or, entre les deux partis, le choix ne pouvait être douteux. En 1838, et depuis par habitude, on imputait à la commandite tous les mécomptes et toutes les déceptions; on a fini cependant par comprendre que l'intervention de l'État est une protection inefficace; n'y a-t-il pas eu aussi des hontes et des ruines dans cette féodalité industrielle et commerciale de l'anonymat autorisé ? Il n'est nécessaire ni de se souvenir beaucoup ni de prévoir bien loin pour répondre ! Quant à la surveillance au cours des opérations, qui s'est jamais fait illusion sur son peu d'efficacité ? Il est certain qu'il y a dans l'autorisation, et surtout dans l'examen qui la précède, de très-sérieuses garanties; mais quelle que soit la capacité des hommes qui composent le Conseil d'État, ils ne peuvent juger avec autorité du mérite des entreprises qu'on leur soumet : ils ne sont pas pour cela suffisamment initiés au monde des affaires; quelque consciencieuses que soient les investigations, l'expérience a plus d'une fois montré qu'elles ne peuvent bien souvent pas pénétrer le mystère dont, avec des intentions diverses, s'entourent les demandeurs en autorisation : n'a-t-on pas vu des sociétés anonymes autorisées, qui devraient être qualifiées par la désignation de l'objet de l'entreprise (art. 30,

[1] *Rapport*, p. 63.

Digitized by Google

C. com.), devenir de simples agences d'affaires indéterminées ? Et ceci est d'autant plus grave que le public est enclin à s'exagérer les effets de l'autorisation : il suppose volontiers qu'elle a été donnée après un examen préalable complet, qu'elle est un gage assuré de succès, fausse appréciation qui, ainsi que le dit l'exposé des motifs de la loi nouvelle, « a le double inconvénient d'inspirer souvent de la confiance pour des entreprises qui ne la méritent pas, et de faire remonter mal à propos jusqu'au gouvernement, une responsabilité qu'il ne saurait accepter [1].

36) Les considérations les plus diverses conseillaient ainsi l'abrogation de l'article 37 du Code de commerce. La loi du 24 juillet n'a fait qu'obéir à la logique des faits et de la tradition en effaçant, dans les sociétés à responsabilité limitée, le maximum assigné au capital social par la loi du 23 mai 1863, c'est-à-dire en introduisant chez nous, d'une façon complète, la liberté de l'anonymat (art. 21).

De cette réforme considérable auraient pu résulter deux conséquences excellentes : la première, dont l'avenir seul pourra dire la portée, c'est l'emploi probable de l'anonymat pour les entreprises d'importance moyenne, peut-être même pour les opérations habituelles du commerce et de l'industrie ; la deuxième, dont l'importance est démontrée par les vains efforts faits jusque-là pour l'atteindre, c'est la régénération de la commandite, ramenée à son rôle naturel, puisque la pratique n'en avait altéré les principes traditionnels que pour obtenir d'elle, contrairement aux prévisions de la loi, ce que l'anonymat offre désormais directement. La liberté a partout et toujours la même vertu : elle équilibre les intérêts, elle rend à chaque chose sa place légitime.

Malheureusement la réforme est restée incomplète, et il en résulte, selon toute probabilité, que ses effets espérés tromperont l'attente du législateur ; si l'on compare attentivement la loi actuelle avec l'ancienne, on restera convaincu, malgré les apparences, que celle-ci était en réalité plus accommodante et plus libérale que celle qui l'a remplacée.

37) L'investiture administrative n'est plus nécessaire aux

[1] P. 40. V. en outre les très-bonnes pages que M. Mathieu consacre à cette question, et les considérations nombreuses qu'il réunit, tirées de l'histoire, de l'économie politique et des législations comparées. *Rapport*, p. 59 et s.

Digitized by Google

sociétés anonymes; ce n'est pas à dire qu'elles deviennent vraiment libres : elles retombent sous le régime de la réglementation, auquel elles avaient échappé jusque-là parce que l'intervention de l'Etat était considérée comme rendant toute autre précaution superflue. Les sociétés par actions sont toutes désormais soumises au même système, que la responsabilité y soit limitée aux mises pour tous les associés indistinctement, ou qu'elles aient une gérance responsable, en d'autres termes qu'elles soient anonymes ou en commandite : elles ne relèvent que de la convention et de la loi; les partis peuvent les établir sans contrôle, mais sous la condition de se soumettre aux prescriptions relatives au taux, à la forme, à l'émission et à la négociation des actions, au mode d'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers, aux formalités de constitution définitive, au mode de gestion, à la tenue des assemblées d'actionnaires, etc., etc., etc. C'est le régime que la loi du 17 juillet 1856 avait établi pour les sociétés en commandite; c'est celui auquel la loi du 23 mai 1863 avait soumis, dès leur naissance, les sociétés à responsabilité limitée, et que la loi nouvelle étend à toutes les sociétés anonymes, puisque l'autorisation n'est plus exigée pour aucune : il devient le droit commun des sociétés par actions. A vrai dire, la loi du 24 juillet n'est que la réunion des lois de 1856 et de 1863; celle-ci était spéciale à l'anonymat, celle-là à la commandite : la loi actuelle est commune aux deux formes d'association, à chacune desquelles elle consacre un titre différent, le premier à la commandite (art. 1 à 20), le second à la forme anonyme (art. 21 à 47). Il y a sans doute entre elles des différences de détail; le législateur de 1867 songe un peu plus aux fondateurs, afin d'aviver l'esprit d'entreprise, tandis que celui de 1856, et aussi celui de 1863, ne se préoccupaient guère que des actionnaires; mais le système est le même : les exposés de motifs et rapports l'exposent en termes identiques. Que se proposait-on en 1856? M. Duvergier nous l'apprend : « Le projet de loi concilie, dans une juste mesure, la répression « qui doit atteindre les actes coupables, et l'indépendance « qu'il faut laisser aux volontés privées dans la formation du « contrat[1]. » Que veut-on en 1867? M. Mathieu nous le dit :

[1] *Exposé des motifs*. *Moniteur* du 3 juin 1856.

Digitized by Google

« Concilier la liberté avec la règle, paraître la gêner pour mieux « assurer sa marche et ne pas compromettre ses fruits[1]. » C'est une tâche difficile, contradictoire peut-être; chaque loi qui survient a la prétention d'y suffire, et de trouver, à l'occasion de chaque espèce de société, l'exacte mesure, le minimum des garanties dont l'expérience enseigne la nécessité : il n'y a entre elle que des nuances, ce sont toutes des lois d'expédient. L'habitude est prise de considérer l'actionnaire comme la victime née des fondateurs et des gérants, victime toujours séduite, toujours prête à se laisser séduire; la loi nouvelle maintient les règles antérieures qui avaient pour but de protéger le public contre un mal dont il ne lui paraît pas démontré que la source soit tarie.

La situation des sociétés par actions est donc aujourd'hui, sauf quelques nuances, ce qu'elle était hier; et, au premier abord, il semble que les seules critiques que l'on puisse adresser à la loi du 24 juillet sont celles que MM. Troplong, Delangle, Wolowski dirigeaient contre les deux projets de 1838 : la condamnation que ces jurisconsultes autorisés prononçaient alors contre le système de la réglementation en général atteignait par anticipation les lois de 1856 et de 1863, et aussi la loi actuelle qui n'est qu'une combinaison des deux précédentes. Il y aurait cependant erreur à le croire ; la loi de 1867 a deux défauts qui lui sont propres, et dont l'un surtout, le second, la condamne à n'être qu'une œuvre transitoire, malgré les excellentes dispositions qu'elle contient.

38) D'abord, en reproduisant les dispositions de la loi de 1856, en consacrant comme et après elle les résultats d'une pratique fourvoyée, la loi du 24 juillet n'a fait qu'aggraver, en la rendant chronique, la situation de la commandite, que la liberté de l'anonymat aurait cependant pu et dû ramener à ses principes. Nous l'avons dit déjà et répété, la jurisprudence s'est égarée en laissant grandir peu à peu le rôle des actionnaires aux dépens de la gérance, en laissant la commandite prendre les caractères d'une association de capitaux, au lieu d'y maintenir avec fermeté la prépondérance traditionnelle de l'élément personnel. La loi de 1856 n'a pas rompu avec cette tendance tellement invétérée, que de bons esprits croient encore que

[1] *Rapport*, p. 114.

Digitized by Google

l'avénement de l'anonymat libre entraînera la disparition de la commandite par actions, comme si ces deux formes d'association répondaient aux mêmes vues et aux mêmes situations ! Son excuse, nous l'avons vu, était dans les difficultés que l'article 37 du Code de commerce mettait à l'accès de l'anonymat. Dès que l'article 37 est abrogé, aucune considération ne peut plus justifier la persistance des déviations de principe antérieures; perpétuer l'effet, quand la cause a disparu, serait une méprise sans excuse. C'est cependant ce qu'a fait la loi nouvelle : elle prend la commandite telle qu'elle est sortie des transformations abusives de la pratique, elle lui conserve le caractère équivoque et bâtard qu'elle avait en fait qnand apparut la loi de 1856. Il semble qu'on ait supprimé la nécessité de l'autorisation, sans soupçonner les rapports de cette réforme avec la théorie de la commandite, et l'influence naturelle et directe qu'elle devait avoir sur le rôle pratique de cette forme d'association.

39) De plus, dans son ardeur de réaction contre l'article 37 du Code de commerce, contre l'intervention de l'Etat dans les rapports d'intérêt privé, la loi du 24 juillet a manqué son but : en supprimant l'anonymat autorisé, sous prétexte de rendre à l'industrie sa liberté, elle a écarté la seule forme qui se prêtât aux conventions libres. On comprendrait très-bien qu'il y eût deux espèces de sociétés anonymes : l'une réglementée, pour les opérations habituelles auxquelles suffit un moule tout préparé; l'autre soustraite à toute règle préventive, mais soumise à l'autorisation, pour les entreprises exceptionnelles. C'était le système de la législation antérieure, telle qu'il résultait de la loi du 23 mai 1863 combinée avec le Code de commerce : l'anonymat autorisé restait, à côté de l'anonymat réglementé, l'asile des combinaisons imprévues ; c'est encore le système de la loi anglaise, car, en organisant les *joint-stock limited companies*, elle n'a nullement aboli les *incorporated* ou *regulated companies :* ces sociétés subsistent, et n'ont toujours pour seule loi que le bill ou la charte royale qui les autorise [1]. La porte reste ainsi ouverte à toutes les

[1] Les *incorporated* ou *regulated companies,* c'est-à-dire les sociétés réglementées, dont les clauses sont couchées par écrit, correspondent exactement aux sociétés anonymes autorisées du Code de 1807. Il est impossible de tracer d'une manière générale ni leur constitution, ni les droits et obliga-

Digitized by Google

combinaisons, sous cette seule réserve que celles qui veulent se constituer en dehors des prévisions législatives, doivent obtenir une autorisation qui ne leur est pas refusée si elles sont sérieuses.

Est-ce là la situation qui résulte de la loi nouvelle? Nullement : elle organise une combinaison de société anonyme, et une combinaison de société en commandite, puis proscrit absolument toutes les autres, ce qui est très-différent. C'est toujours le même système ; il semble que le législateur, en faisant la loi, ne voie du commerce que les abus, et frappe mille innocents pour atteindre un coupable.

40) Vainement on alléguera que la loi entend n'atteindre que les sociétés qui ne sont ni honnêtes ni sérieuses ; le but est louable assurément : il faut favoriser la spéculation et combattre l'agiotage, développer l'esprit d'entreprise et réprimer l'esprit d'aventure ! Mais, de bonne foi, où est donc la limite exacte qui sépare ces faits et ces tendances ? Quels sont donc les signes auxquels on discerne où finit la hardiesse, qui est une qualité, où commence la témérité, qui est un défaut? L'esprit comprend très-bien ces distinctions ; on ne saurait les transformer en préceptes. Il n'y a que les impuissants qui voudraient des génies bien soumis à l'usage et à la mode, se contentant de ce qui suffit au commun des hommes, trouvant que tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes possible; ils sont d'une autre trempe ceux qui font la gloire ou la fortune d'un pays. Au lieu de limiter les formes dans lesquelles l'initiative individuelle peut se produire, il faut les étendre : plus elle devient active et énergique, plus elle veut avoir ses coudées franches ; il faut que chacun puisse adopter ce qui

tions des associés, soit entre eux, soit à l'égard des tiers ; chacune a ses statuts particuliers. Ordinairement la compagnie reçoit ses règlements constitutifs du pouvoir qui l'autorise : c'est le bill ou la charte royale qui déterminent ses conditions d'existence, son mode d'administration, les causes de dissolution et les procédés de liquidation; elle fait ensuite à son gré ses règlements organiques, relatifs à l'émission des actions, aux conditions de souscription et de versement, etc. Les seules règles impératives qui soient applicables aux *incorporated companies* sont celles-ci : elles n'existent qu'en vertu d'un bill ou d'une charte royale ; elles doivent se constituer par actes solennels, *deeds of settlement*, spécifiant toutes les clauses organiques qui deviennent la loi de la société. Consul. E. Ollivier, *Des sociétés anglaises. Revue pratique*, t. 21, p. 17 et s.

Digitized by Google

convient le mieux à sa nature. Il n'est d'ailleurs pas besoin de chercher bien loin, et dans la sphère des exceptions, pour trouver des entreprises auxquelles la loi actuelle met obstacle; il est vraiment difficile de comprendre comment M. Rouher la présentait comme ayant pour but « d'ouvrir la voie libre et entière à toutes les combinaisons possibles des associations loyales[1]. » Quatre ou cinq personnes se rencontrent dans une idée commune; elles peuvent faire les fonds nécessaires pour l'exploiter et voudraient se constituer en société anonyme : ce n'est pas possible. Il y a aujourd'hui des sociétés qui font l'honneur de l'industrie française, et qui ont commencé dans ces conditions; mais l'article 23, sans qu'il soit possible de donner de cette exigence même un prétexte, n'admet pas qu'une société anonyme puisse être constituée, si le nombre des associés est inférieur à sept! Voilà un projet noble et grand, mais d'une réussite incertaine, qui est formé; ses fondateurs, afin de diminuer le risque en le divisant, voudraient s'adresser pour ainsi dire à tout le monde et, pour cela, fractionner le capital social en petites coupures : ce n'est pas possible, les articles 1 et 24 n'autorisent pas les actions ou coupons d'actions inférieurs à 500 et 100 francs. On pourrait multiplier les hypothèses, chaque article de la loi en fournirait une. Bien souvent, pendant la discussion au Corps législatif, pour justifier tel ou tel détail de réglementation, les orateurs ont invoqué l'autorité et l'exemple de la pratique anglaise, le présentant comme emprunté aux lois de 1856 et 1857; ils oubliaient, involontairement sans doute, un point capital : c'est que les prescriptions des lois de 1856 et 1857 ne sont obligatoires que pour les sociétés qui n'ont pas recours à l'autorisation gouvernementale, tandis que la loi du 24 juillet les impose d'une façon absolue, sans qu'il y ait un moyen d'échapper, dans quelque circonstance que ce soit, quelque digne d'estime et de confiance que soit l'entreprise, à la gêne qui en résulte.

A ce point de vue, la loi nouvelle n'est pas une loi de progrès, mais une loi rétrograde; loin d'être favorable à la liberté, elle lui crée des entraves nouvelles; elle porte à l'initiative individuelle une atteinte dont les effets ne tarderont pas à

[1] Séance du 8 juin. *Moniteur* du 9.

Digitized by Google

apparaître : il n'y a plus de place pour les conventions libres. Il semble, dès le milieu des longs débats auxquels elle donna lieu au Corps législatif, que les défenseurs les plus résolus du projet aient comme entrevu une lacune, sans la discerner cependant assez pour la réparer, comme pressenti l'insuccès auquel elle condamnait leur œuvre. A la séance du 5 juin, M. Mathieu, parlant comme rapporteur de la commission de la chambre, prononçait ces paroles découragées : « Si j'en crois les plaintes qui s'élèvent au sujet de la loi que vous êtes appelés à voter, et au sein de la chambre et en dehors, j'ai peur qu'avec la pensée sincère, la préoccupation ardente, si vous me permettez cette expression, de faire une loi favorable à la liberté, nous ne soyons arrivés déjà, et nous ne devions arriver plus encore, à la gêner et à l'entraver; de telle façon que l'industrie et le commerce honorable la considéreront, non comme un bienfait qu'ils attendent, mais comme un présent véritablement funeste qui paralysera leurs efforts, et qui au lieu de développer, de féconder l'esprit d'association parmi nous, aura pour effet, sinon de l'étouffer, du moins de l'entraver dans une mesure considérable [1]. »

41) Le défaut principal, je dirais presque, constitutionnel de la loi du 24 juillet, celui dont la prévision, plutôt instinctive alors que raisonnée, éveillait ces pressentiments, c'est l'excès d'une réglementation qui ne veut reconnaître aucun droit en dehors de ses prévisions.

Que le législateur offre, tout organisées, les formes les plus usuelles de sociétés, rien de mieux; dans le monde des affaires les instants sont précieux, et, au lieu de régler eux-mêmes et en détail les conditions de l'association, le commerçant et l'industriel préféreront souvent s'en référer à un type connu. Encore faut-il au moins que la loi soit assez large pour pouvoir s'adapter à toutes les combinaisons que l'usage a introduites, à toutes celles aussi, aujourd'hui inconnues, que l'avenir fera surgir. Les applications du principe d'association sont innombrables, comme les espèces où elles se produisent; il est impossible de les limiter : la classification la mieux entendue, vînt-elle de l'esprit le plus pénétrant, présentera toujours des lacunes. Le Code de commerce a méconnu ces no-

[1] *Moniteur* du 6 juin 1867.

Digitized by Google

tions si simples; au lieu, tout en maintenant les formes connues pour les situations auxquelles elles répondent et suffisent, de laisser le champ libre à l'innovation, il admettait limitativement trois espèces de société, qu'il réglementait en détail (art. 19, C. com.). Qu'en est-il résulté? C'est qu'il a fallu périodiquement élargir le cadre primitif. Pendant la discussion même, une nouvelle combinaison fut introduite, que réglementa plus tard la loi du 17 juillet 1856 : la commandite par actions (art. 38, C. com.); en 1832, la jurisprudence consacra la commandite par actions au porteur; en 1863, la loi ajoute la société à responsabilité limitée; déjà en 1862 (loi du 2 juillet) il avait fallu organiser une combinaison particulière pour l'exploitation des charges d'agents de change; en 1865, la pratique déconcertée se trouvait de nouveau en présence d'une combinaison imprévue, à laquelle résistaient les dispositions des lois existantes, à laquelle cependant il était indispensable en même temps qu'équitable de faire sa place : la société coopérative. Et il en sera toujours ainsi, tant que la loi procédera par énumération exclusive, au lieu de procéder par énumération simplement énonciative. Il y aurait singulière erreur à croire que toutes les combinaisons de sociétés sont aujourd'hui connues, et que l'avenir ne nous ménage aucune surprise! La transformation économique à laquelle nous assistons n'est qu'à son début; un exemple entre mille : il est sérieusement question d'abolir la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt; cette abrogation, qui permettra d'attribuer au capital une part des bénéfices sans lui faire courir de risques, n'aura-t-elle pas pour effet de modifier les différences qui séparent l'action de l'obligation? Qui sait si cette transformation n'amènera pas des combinaisons nouvelles dépassant les prévisions de la loi actuelle?

42) Cette incessante mobilité s'explique aisément : elle provient de ce que le législateur se méprend sur ses véritables attributions. La codification, telle qu'elle s'est produite dans les temps modernes, a été un immense bienfait; les règles fixes, établies à l'avance, permettent aux intérêts de se mouvoir avec plus de sécurité; elles répondent à un besoin absolu des peuples libres : la fixité et la publicité des droits. Mais, pour que ce bienfait ne soit pas compromis, il faut que la loi renonce à la prétention de tout prévoir, de tout réglementer;

Digitized by Google

il faut qu'elle se contente de fixer, dans un langage clair et bref, les principes généraux, s'en remettant pour le surplus à la prudence des parties et à la liberté des conventions. Portalis, dans cet admirable discours préliminaire sur le Code civil, que l'on devrait relire toujours, le disait excellemment : « L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière[1]. » C'est là une de ces *leges legum* qui s'imposent; le législateur qui les oublie ne fera que des œuvres éphémères. La prévoyance a des bornes; elle ne peut s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre, et que l'expérience seule révélera; dès qu'elle a l'ambitieuse prétention de réglementer et d'être exclusive, la loi qui suffit aux exigences du jour sera insuffisante à celles du lendemain, et débordée par elles.

Tel est le sort qui attend la loi du 24 juillet 1867; elle est une loi d'expédient, comme celles de 1856 et 1863, elle sera comme elles transitoire; elle n'a pas cette allure franche et nette qui caractérise les réformes durables. Elle renferme des dispositions excellentes, d'autres qui sont utiles, d'autres qui seraient excellentes et utiles aussi si elles n'étaient pas généralisées; il restera d'elle, quoi qu'il arrive, deux faits essentiels : la liberté de l'anonymat et la facilité pour la classe dont la fortune consiste dans la main-d'œuvre d'expérimenter les diverses manières dont on conquiert le capital; mais elle a un vice radical : elle est exclusive; et ne fût-ce que pour cela, il est impossible qu'elle ne soit pas prochainement l'objet de quelque remaniement législatif.

43) Quel sera le terme de ces nombreuses évolutions? Il n'est pas aisé de prévoir l'avenir dans notre société inconstante et mobile; cependant la seule alternative possible nous semble être celle-ci : ou il faut revenir à l'article 37 du Code de commerce et à la loi du 23 mai 1863, en effaçant de celle-ci la limitation du capital social; ou, si l'État ne doit plus intervenir pour autoriser les clauses variables que les circonstances peuvent rendre opportunes, il faut supprimer toute

[1] Fenet, t. I, p. 469.

Digitized by Google

réglementation et que chaque société devienne son propre législateur.

Peut-être, puisqu'on voulait s'en tenir encore aux moyens termes, la loi nouvelle aurait-elle bien fait de prendre le premier de ces deux partis : dans l'état de la controverse et des faits, comme système de transition, il eût donné satisfaction à tous les intérêts, sinon complétement, au moins dans une mesure suffisante, sans éveiller aucune appréhension sérieuse. Mais personne ne paraît y avoir songé; et, aujourd'hui, il est plus que douteux que l'on puisse s'y attacher. Les motifs qui ont amené la suppression de l'anonymat autorisé sont nombreux et pertinents; on ne revient pas sans difficultés et inconvénients de plusieurs sortes, sur une pareille décision. La seule issue possible à la situation présente, c'est la liberté complète.

44) Il y a longtemps déjà qu'on se demande si les progrès réalisés dans les mœurs, une pratique plus générale de l'association, une expérience plus longue, et de la part du public une intelligence plus sérieuse de ses intérêts, n'autorisent pas l'avénement d'un régime vraiment libre. Sous un rapport la situation n'a pas changé : il y a toujours à craindre le retour des abus qui sont devenus parfois des calamités et des scandales publics, car l'homme est éternellement fidèle à ses passions; mais l'expérience a fourni à la controverse une donnée nouvelle qui a son importance : il est acquis, même pour les moins clairvoyants, que toutes les prescriptions préventives, outre qu'elles sont contraires aux principes et fort gênantes pour la spéculation honnête, ne sont rien pour les Mercadet; les expédients ne leur font jamais faute pour tourner la loi la mieux combinée, et passer à travers ses dispositions. Contre les surprises de la fraude, le meilleur préservatif est encore la vigilance ferme des intéressés; et, à tout prendre, il n'y a que danger à l'endormir en leur laissant croire que la loi veille pour eux et les protége. La liberté a ses périls, nul n'en doute; ce qu'elle a précisément de sain par excellence, c'est que, dès qu'on la possède, il faut qu'on en réponde. Prétendre en reculer l'usage jusqu'à ce que l'expérience soit complète est un sophisme qui a fait son temps; dès qu'une personne est majeure, capable, maîtresse de ses droits, aucun intérêt sainement compris ne conseille d'entraver son activité,

Digitized by Google

de gêner les combinaisons qu'elle lui suggère, tant qu'elle ne heurte pas l'ordre public, sous le seul prétexte qu'elle pourrait en abuser ou se fourvoyer. Vous craignez les échecs et les déceptions qui en sont la suite; ils sont regrettables, sans doute, comme toute force perdue; mais ils ne sont pas stériles: ils portent en eux un enseignement, celui de la prudence. Ici, comme en toutes choses, l'inconvénient capital des lois restrictives, c'est de rendre vaine l'expérience acquise, en effaçant, sous une sécurité factice, les leçons qu'elle a données, c'est de préparer le retour des abus qu'amène la liberté quand elle reparaît, et de le préparer inévitablement, car on ne se passe d'elle qu'un temps, et une invincible aspiration y ramène toujours l'homme. Celui qui constitue une société, ou qui y prend des actions, peut stipuler les garanties qu'il juge nécessaires, ou s'abstenir; la loi n'est pas chargée d'empêcher qu'il ne s'y ruine « pas plus, disait fort bien M. E. Olivier au Corps législatif, qu'elle ne l'est de veiller à ce qu'il n'achète une maison trop cher, pas plus qu'elle ne l'est d'empêcher qu'il ne lance à la mer un navire dans de mauvaises conditions, ou qu'il ne dépose ses fonds entre les mains d'un banquier infidèle [1]. »

Et, en effet, quels motifs sérieux y a-t-il de se préoccuper des abus possibles du contrat de société, plutôt que des abus possibles de toute autre convention? Une société est un commerçant ou un industriel comme un autre, qui figure dans le monde des affaires comme un individu, dont le public connaît à merveille les conditions d'existence, dont le crédit s'établit comme celui de tout particulier. Quand on a dit aux tiers les conditions sous lesquelles l'être moral entre dans le monde des affaires, et les garanties que ces conditions présentent, soit au point de vue du capital, soit au point de vue du personnel des gérants ou administrateurs: de quoi peuvent-ils se plaindre, s'ils viennent à être déçus, si ce n'est d'avoir souscrit ou contracté imprudemment? Pourquoi le public ne s'habituerait-il pas, quand il traite avec une société par actions, à se renseigner et à être circonspect, tout comme quand il traite avec un particulier? C'est au fondateur à fixer le but et le durée de l'association, à déterminer le chiffre du capital et

[1] *Moniteur* du 28 mai 1867.

Digitized by Google

le nombre des associés, à créer les actions, à organiser le mode de gestion et la tenue des assemblées, à faire en un mot ces stipulations variées qui constituent la charte de chaque société : il s'agit là d'intérêts d'ordre privé, qui sont en dehors de la compétence de la loi et qu'elle réglerait mal, puisqu'elle doit faire abstraction des variétés d'espèces. Ce que le législateur peut seulement exiger, c'est la publicité : elle rentre dans le domaine de la loi, car elle importe à la sécurité et à la célérité des transactions, et touche ainsi à des intérêts d'ordre social. Dès que cette publicité est complète et loyale, les tiers peuvent suffisamment se rendre compte de la société, du régime qu'elle a institué, des garanties qu'elle offre, des chances qu'elle fait courir à ceux qui traitent avec elle, et cela leur suffit.

45) Ces idées apparaissent à chaque page du rapport de la commission d'enquête; dans chaque déposition, sans distinction d'origine, on y réclame pour les contractants la liberté entière, la liberté sans limite, sous la seule condition de la plus grande et de la meilleure publicité possible. Ce sont elles qui ont inspiré un amendement qui restera célèbre dans les annales législatives : le contre-projet présenté par M. E. Ollivier. L'article 1er en résumait tout l'esprit : « La loi ne régit les sociétés de commerce qu'à défaut de conventions spéciales. Toutes les conventions sont valables entre les parties, à la seule condition de n'être pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Pour être opposables aux tiers, elles doivent être rendues publiques[1]. » C'est l'application pure et simple du droit commun (art. 6, 1134 C. Nap.).

46) Contre l'adoption de ce système, si séduisant par sa simplicité, il n'a été fait que deux objections; l'une repose sur une équivoque, l'autre sur une méprise.

Quelques personnes ont cru, ou ont feint de croire, que le renvoi au droit commun allait autoriser, dans les statuts, les clauses les plus insolites et les plus subversives, que ce serait l'anarchie organisée. C'est là une erreur manifeste : le droit commun n'est pas l'absence de loi, c'est l'absence de loi spé-

[1] V. le contre-projet et le discours de M. E. Ollivier qui le développe, *Moniteur* du 28 mai 1867. — Cons. dans le même sens, Vavasseur et Jay, *Projet de loi sur les sociétés civiles et commerciales*, broch. in-8, 1865. — Aj. *Enquête sur les sociétés, passim*, et spécialement p. 535 et s.

Digitized by Google

ciale à chaque variété d'application ; la liberté n'est pas la faculté de tout faire, mais seulement celle de faire tout ce qui ne porte pas atteinte au droit d'autrui. Le contrat de société n'est-il pas, en effet, soumis à certaines règles qui résultent pour lui, soit des principes généraux du droit, soit de sa nature propre, et auxquelles les parties restent toujours soumises? Dans toute convention, il y a ce qui est inhérent au contrat lui-même : à la loi, générale de sa nature, de le fixer; il y a en outre ce qui résulte de l'espèce où elle intervient : aux parties, et aux parties seules il appartient de le régler. C'est là une distinction fondamentale, qu'il y aurait aveuglement, ou mauvaise foi à méconnaître. Ainsi, l'on a prétendu que s'en remettre à la liberté des conventions, ce serait permettre les sociétés léonines, autoriser l'attribution de bénéfices à qui n'aurait pas fait d'apport, etc., etc. Est-ce que le contraire ne résulte pas de la définition éternelle du contrat même de société (art. 1832, 1833, 1845, 1847, 1855, etc., C. Nap.)? Ce sont là des imputations irréfléchies, des hypothèses sans fondement; la preuve, c'est que ni les deux projets de 1838, ni les lois de 1856 et de 1863, ni enfin la loi nouvelle, dont il s'agit seulement, n'ont, sur ces points, rien ajouté au droit commun, aux dispositions que renferme le Code Napoléon, et qu'il a empruntées au droit romain. Ceux qui attaquent la réglementation, comme ceux qui la défendent, veulent également que la fraude soit réprimée civilement et pénalement; mais autre chose est se montrer sans pitié pour l'escroquerie constatée, autre chose régler préventivement tout ce qui se rattache à l'administration intérieure de la société, au nombre des associés, au taux et à la forme des actions, etc., tous détails que les parties seules peuvent régler, et régler bien mieux que la loi, puisqu'il dépendent non de la nature juridique du contrat, mais des circonstances de fait.

47) Et puis, la pratique semble encore mal familiarisée avec la théorie des personnes morales, du *corpus mysticum*, avec cette idée d'une responsabilité qui n'atteint qu'une abstraction. En matière d'obligations, il y a un principe fondamental, qu'exprime avec autant de précision que de force l'axiome : qui s'oblige oblige le sien ; quand un engagement est formé, il faut qu'il s'exécute, tous les biens de ceux qui l'ont contracté sont affectés à cette exécution (art. 2092, 2093 Code

Digitized by Google

Nap.). Ce principe est respecté dans les sociétés en nom collectif : tous les associés y sont solidairement responsables; il ne l'est que très-incomplétement dans les sociétés en commandite : le gérant seul est personnellement responsable, les actionnaires, tenus seulement de verser une somme déterminée, ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise; il ne l'est pas du tout dans les sociétés anonymes : c'est une commandite où il n'y a que des actionnaires, l'être moral société est seul personnellement obligé. Or le principe de la responsabilité individuelle est encore regardé par de très-bons esprits, comme l'âme et la vie du commerce; il n'y aurait de bonnes affaires, d'affaires complétement sûres que celle où l'on rencontre quelqu'un qui réponde des opérations faites, qui offre en gage aux créanciers son patrimoine entier. C'est le point de vue auquel M. de Forcade la Roquette s'est spécialement attaché dans sa réponse à M. E. Ollivier : « L'être moral, disait-il, n'est pas responsable, c'est une fiction. Rejeter la responsabilité sur l'être moral, c'est la rejeter sur une fiction; » et de là, l'honorable ministre concluait à la nécessité de la réglementation : « Comment, ajoutait-il, la loi créerait une personnalité juridique, créerait un être moral qui échappe à toute responsabilité personnelle, et à cet enfant qu'elle crée, elle n'imposerait pas de conditions d'existence? cela est impossible[1]. » La conséquence serait légitime, si l'aperçu était exact; mais il ne l'est pas : l'être moral société offre aux tiers autant de sécurité qu'un particulier, il en offre même plus. Supposez un particulier aussi riche qu'on voudra : qu'offre-t-il en garantie? Sa fortune apparemment; la responsabilité a beau être illimitée en droit, elle ne vaut pas plus, en fait, que le patrimoine qu'elle engage, elle n'est effective que dans cette limite. Or la société n'offre-t-elle pas, elle aussi, sa fortune en garantie, et, quand le chiffre de cette fortune a été rendu public, la garantie qu'elle donne ne vaut-elle pas celle que peut donner un particulier, qu'on l'envisage dans son étendue, qu'on l'envisage dans les moyens à employer pour la faire valoir? Elle vaut même plus. En effet, quand on traite avec un individu, quelque confiance qu'inspire sa situation, il y a toujours un in-

[1] *Moniteur* du 29 mai 1867.

Digitized by Google

connu : elle peut n'être qu'apparente ou simulée ; au contraire, rien dans une société qui ne soit certain : l'administration peut être aussi claire que la comptabilité publique dans le budget de l'État, de telle sorte qu'il n'y aura de trompés que ceux qui voudront l'être. Alléguera-t-on que les énonciations rendues publiques peuvent être mensongères, que le capital social peut être détourné de sa destination, que l'être juridique échappe à la responsabilité des délits commis en son nom? Ce serait encore une erreur. La société, en tant qu'être moral, ne peut faillir; les actes pouvant engager la responsabilité soit civile, soit pénale, n'émanent que des fondateurs ou des administrateurs, que cette responsabilité atteint alors directement, absolument comme dans les rapports entre particuliers. Qui a jamais songé à soutenir que, en matière de société, l'article 1382 du Code Napoléon cesse d'être applicable?

48) Dès que la loi organise un système régulier de publicité, la liberté des conventions, en matière de société, suffit à tous les intérêts, et n'en compromet aucun. Liberté, et publicité pour correctif : voilà la seule solution pratique et définitive du problème incessamment agité de l'organisation des sociétés. Aujourd'hui l'expérience est complète; tant qu'on n'arrivera pas à cette réforme radicale, la législation ira se modifiant toujours, et ne se fixant jamais. C'est, en effet, une tâche impossible que de concilier, dans une mesure vraiment juste et stable, les précautions à prendre contre la fraude, et la liberté que l'on doit laisser aux transactions; celui qui s'y dévoue ne peut manquer de blesser à la fois et ceux qui redoutent la liberté et ceux qui s'y confient. Dès qu'on n'écarte pas absolument la réglementation, il n'y a plus place que pour les expédients et les transactions ; et les lois de cette sorte ont un double inconvénient : elles ne donnent pas aux intérêts la sécurité qu'ils s'imaginent trouver dans la réglementation, elles leur ôtent les mœurs viriles de la liberté; et alors c'est toujours à recommencer. Ainsi s'expliquent les improvisations législatives qui se succèdent chez nous depuis trente ans, parant au mal du jour, ballottées sans cesse entre un excès de précautions et une insuffisance de garanties, faisant osciller la balance législative, selon les circonstances, selon le vent qui souffle dans les régions économiques et politiques, tantôt en faveur des créanciers sociaux, tantôt en faveur des actionnaires, tantôt en faveur des fondateurs, tantôt pour

Digitized by Google

ou tantôt contre la liberté des conventions. Or, essayer ainsi de tenir la loi au courant, en accumulant les documents législatifs, est une entreprise non moins impraticable que dangereuse : elle compromet la majesté de la loi, en l'exposant à être complice de précipitations irréfléchies; elle porte continuellement le trouble dans les intérêts.

49) Le projet de M. E. Ollivier a été moins rejeté qu'ajourné; ceux-là même qui ont voté contre son adoption immédiate ne l'ont considéré que comme prématuré. Sa réussite est dans les vœux de tous, ainsi que l'a dit M. Duvergier : « on aurait voulu qu'il fût possible d'accorder au principe de la liberté des conventions un empire absolu[1]; elle est dans la logique des faits et dans les prévisions, ainsi que le laissait entrevoir M. de Forcade la Roquette, à la séance du 28 mai : à toutes les époques, la liberté s'est toujours reculée devant ceux qui se précipitent vers elle, tandis qu'elle se laisse atteindre par ceux qui marchent progressivement et patiemment à elle[2]. »

Le jour n'est pas éloigné où l'on comprendra ce que le regrettable M. Langlais disait en 1856, dans le rapport au nom de la commission du Corps législatif chargée d'examiner le projet de loi sur les sociétés en commandite : « même au prix des abus dont n'est exempte aucune institution humaine, la vie de l'association c'est la liberté[3]. » Le discours où M. E. Ollivier a développé le contre-projet qu'il avait présenté, sous forme d'amendement, formera l'exposé de motifs de la loi à venir.

CH. BEUDANT.

[1] *Exposé des motifs*, p. 6.
[2] *Moniteur* du 29 mai 1867.
[3] *Moniteur* du 25 juin 1856.

Digitized by Google

DISTINCTION DES SERVITUDES EN DROIT FRANÇAIS [1].

Par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

108. Nous avons dit que le signe admis par notre législateur pour caractériser la continuité ou la discontinuité en matière de servitudes n'était pas en harmonie avec les véritables exigences dont il est bon de tenir compte, afin de tolérer ou d'exclure la prescription. Avant de justifier l'opportunité de cette critique, nous présenterons quelques observations, dans le but d'établir que la nature des servitudes répugne essentiellement à une distinction, d'après laquelle certaines servitudes auraient une existence perpétuelle, tandis que d'autres seraient en quelque sorte intermittentes. On sait, en effet, que la servitude prédiale consiste dans un rapport entre deux héritages, par suite duquel l'un des héritages se trouve amélioré, et l'autre déprécié. Il en résulte, comme disaient les Romains, une qualité avantageuse, eu égard au fonds dominant, ou bien, en prenant le point de vue admis chez nous (art. 637 C. Nap.), une charge grevant le fonds servant. Est-il besoin de faire remarquer que cet état de choses, cette manière d'être, constituent forcément une situation permanente, qui ne se prête à aucune idée d'intervalles de temps pendant lesquels il y aurait tantôt asservissement, tantôt liberté ?

109. Il importe peu que le fait de l'homme soit nécessaire chaque fois qu'il s'agit de retirer de la servitude l'utilité qu'elle peut conférer, ou que cette utilité se produise indépendamment d'un fait actuel. Sans doute, quand la servitude consistait *in faciendo*, ce qui répond à la servitude discontinue de notre droit, les jurisconsultes romains prenaient pour point de départ du non-usage l'acte le plus récent d'exercice de la servitude, et nous avons vu qu'en réalité on pouvait dire, après un certain temps écoulé, qu'il avait subsisté une condition de liberté, dont le premier moment était celui où la servitude avait été pratiquée pour la dernière fois. Mais ce résultat ne se produisait qu'autant que l'inaction du propriétaire dominant s'é-

[1] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248 et 518; t. XXX, p. 262 et 440; t. XXXI, p. 112 et 131.

Digitized by Google

tait prolongée suffisamment sans la moindre interruption. Tant qu'il y avait de sa part usage de la servitude, quelque peu fréquent qu'il fût d'ailleurs, on ne songeait pas à distinguer des périodes de liberté et des périodes d'asservissement, pas plus qu'on n'aurait dit d'un esclave qu'il passait à l'état de liberté pendant les instants de repos que lui accordait son maître, bien qu'il ne fût alors soumis à aucun travail.

110. Ce serait une erreur de croire, à l'occasion des servitudes discontinues, que l'avantage qu'elles procurent est éphémère, et n'a pas plus de durée que le temps pendant lequel s'accomplissent les entreprises sur le fonds servant. Examiminons d'abord ce qui se passe pour des servitudes ne donnant lieu qu'à des actes assez rares, le droit, par exemple, de prendre du bois ou de la pierre sur l'héritage voisin pour l'entretien des constructions de l'héritage dominant. Le fait de couper du bois, d'extraire de la pierre, envisagé à l'instant où il s'exerce, quant aux efforts qu'il exige, n'apparaît que comme une chose pénible et fatigante. L'utilité, le profit, ne se produisent qu'à la suite de l'emploi des matériaux empruntés au fonds asservi. Grâce à l'usage de ces matériaux, le bâtiment dominant sera restauré, remis en état, et fournira à son maître une habitation commode de tous les instants. D'un autre côté, le dommage éprouvé par le propriétaire du fonds servant constituera un dommage permanent, puisqu'il se verra privé à jamais du bois ou de la pierre qui auront été détachés de son héritage.

111. Les choses ne sont pas autres, quand il s'agit de servitudes plus usuelles, figurant dans la liste des discontinues, comme les droits de passage, de pacage, d'abreuvage. Certes, s'il était question de la faculté de passer à titre de servitude personnelle, d'un droit de promenade sur le fonds d'autrui, on pourrait comprendre cette faculté comme procurant principalement un agrément qui se lie à un fait actuel de l'homme, et qui cesse avec ce fait, bien que l'exercice de la marche, au point de vue hygiénique, contribue d'une manière stable à réaliser les conditions d'une bonne santé, et fournisse ainsi un avantage qui survit à la durée de la promenade. Mais, dans une servitude prédiale, comme nous avons eu occasion de le dire, le fait de passer n'est que le moyen d'atteindre un but, et ce but est l'exploitation de l'héritage dominant. Celui qui a pu, à l'aide d'un droit de passage, cultiver et récolter son champ, a

Digitized by Google

fait entrer dans son patrimoine la valeur des fruits recueillis, et s'est procuré un avantage fixe. En revanche, le propriétaire du fonds servant a subi un inconvénient, qui ne consiste pas seulement en ce que son terrain aura été foulé à plusieurs reprises par le passage des gens exploitant le fonds dominant. Il aura fallu le plus souvent, pour ne pas apporter obstacle à la servitude, s'abstenir de faire fructifier le sol destiné à l'assiette du passage, et l'infertilité à laquelle une portion de l'héritage grevé aura été soumis se traduira en une charge absolue, quant à sa durée. — Pareillement, si Primus, propriétaire du fonds A, peut faire pacager ou abreuver ses bestiaux sur le fonds B, appartenant à Secundus, Primus aura trouvé une ressource pour exploiter son héritage, pour entretenir les animaux attachés à la culture, et il aura enlevé pour toujours à Secundus la valeur de l'herbe ou de l'eau qui auront été consommées dans l'intérêt de celui qui n'en était point propriétaire. Il y aura eu, par conséquent, de part et d'autre, en bien ou en mal, un élément de prospérité ou de perte, qui aura fait une impression définitive sur les deux patrimoines, pour enrichir celui-ci et appauvrir celui-là. Dès lors, si l'on envisage toute servitude, quant à son caractère essentiel, qui est de constituer à la fois un avantage et une charge, selon l'héritage que l'on considère, il est clair que la continuité est toujours quelque chose d'inséparable de la servitude, quand bien même celle-ci n'autoriserait à agir que par intervalles de temps sur le fonds asservi.

112. Quoi qu'il en soit, notre législateur a cru devoir séparer, au point de vue de l'admission de la prescription, les servitudes exigeant pour leur *exercice* le fait *actuel* de l'homme et celles qui peuvent se passer de cette circonstance. La distinction ne porte pas assurément sur l'*existence* même de la servitude, qui est toujours perpétuelle, qui ne saurait être autrement; elle a trait uniquement à l'*exercice* du droit. Cet exercice ne se conçoit-il qu'accompagné du fait actuel, on doit dire qu'il y a discontinuité; c'est dans le cas contraire seulement qu'il est permis de qualifier la servitude comme continue. Quant à l'influence appartenant à la continuité, ainsi déterminée, relativement à la prescriptibilité, il est facile de démontrer que la continuité, par elle-même, prise isolément, reste insignifiante. Les servitudes, dites négatives, consistant *in pro-*

Digitized by Google

hibendo, par suite desquelles est imposée au propriétaire du fonds grevé l'abstention de tel ou tel acte, toutes les servitudes rentrant dans cette catégorie sont incontestablement des servitudes continues. Cependant il n'est pas douteux qu'en pareil cas le mode d'acquérir par la prescription doit être mis de côté, à raison du défaut d'apparence et de l'absence d'une possession publique. Ce qui est essentiel, c'est donc l'existence de travaux extérieurs, révélant la prétention à la servitude, travaux par suite desquels se produit la condition d'apparence, sans laquelle la continuité ne possède aucune valeur.

113. On sait que, dans notre opinion, du moment où l'apparence se rencontre dans la servitude, la voie devrait être en principe ouverte à la prescription, la possession revêtant alors un caractère de certitude et de publicité, qui a dû forcément éveiller l'attention du propriétaire au détriment duquel cette possession s'est exercée. Il est vrai que les actes de possession peuvent encore quelquefois s'expliquer par un esprit de tolérance, ce qui ne constituerait qu'une jouissance entachée de précarité, impuissante comme telle à fonder la prescription. Mais, nous ne saurions trop le répéter, pour discerner s'il y a ou non précarité, la considération tirée de la nécessité ou de l'inutilité du fait actuel de l'homme, quant à l'exercice de la servitude, est destituée de toute importance, comme nous allons le voir, en examinant les diverses espèces de servitudes. Serait-il possible, en écartant la distinction adoptée par le législateur, de poser une règle infaillible, à l'aide de laquelle on répondît à coup sûr à cette question : *La possession est-elle précaire?* Nous demeurons persuadé qu'on chercherait vainement cette règle, parce qu'il s'agit d'une appréciation de circonstances susceptibles de varier à l'infini, appréciation qui appartient au domaine du juge. Ce qu'il faut se demander dans chaque affaire se réduit à ceci : les faits de jouissance allégués causaient-ils ou non un dommage sérieux; le voisin pouvait-il les supporter sans éprouver un préjudice sensible? Il n'y a pas, croyons-nous, de moyen plus certain pour statuer sur la précarité. C'est à l'importance de la lésion, à la gravité des inconvénients résultant de l'état de choses qui s'est prolongé pendant trente ans, qu'il faut s'attacher pour savoir à quel titre cet état de choses a subsisté. Là où le propriétaire voisin ne souffrait point ou presque pas, on peut expliquer

Digitized by Google

son silence par des sentiments de familiarité, de complaisance; on tolère facilement ce qui n'occasionne qu'un préjudice minime. Mais si la possession n'a pu s'exercer qu'en infligeant une perte réelle à celui qui la subissait, si elle entraînait des désagréments qu'on n'est guère d'humeur à supporter bénévolement, on s'écarterait de la vérité, parce qu'on méconnaîtrait la nature humaine en admettant la même supposition. Il est beaucoup plus rationnel de présumer qu'il y a là une situation forcée, réglée autrefois par la volonté des parties, et que le temps a fait disparaître les traces du titre originaire.

114. Parcourons maintenant les exemples choisis par le Code pour établir la démarcation entre les servitudes susceptibles de s'acquérir par la prescription et celles qui répugnent à ce mode de constitution; nous reconnaîtrons que la véritable pensée du législateur est plus en rapport avec le signe indiqué tout à l'heure, pour apprécier la précarité, que la décision puisée dans la continuité ou la discontinuité, quant à l'exercice de la servitude.

115. Parmi les servitudes de la première espèce, occupons-nous d'abord de celle qui est sans contredit la plus grave et la plus fréquente; nous voulons parler des droits de vue. Dans notre système, la prescription, appliquée à ce cas, se justifie aisément. D'un côté, en effet, il s'agit d'une servitude apparente, et, d'un autre côté, c'est avec raison que les auteurs du Code ont repoussé à cette occasion la présomption de précarité, admise généralement dans les pays de coutume. Il n'est rien de plus gênant, de plus irritant que d'être exposé d'une manière immédiate aux regards indiscrets d'un voisin. Chacun prend ses précautions pour se dérober, autant que possible, à un espionnage de tous les instants. Toutefois, s'il n'existait ici d'autre motif pour exclure la précarité que la condition de continuité dans la servitude, on devrait dire, en s'en tenant à la définition légale, qu'il n'y a point place à la prescription. Personne ne songera à nous contredire, quand nous énonçons cette proposition que voir est un fait de l'homme, tout aussi bien que passer ou puiser de l'eau. Aussi est-ce de très-bonne foi que nous déclarons n'avoir jamais pu comprendre comment la servitude de vue était continue, en ce sens qu'elle serait in-

Digitized by Google

dépendante du fait actuel de l'homme. Nous empruntons la paraphrase des éléments de la continuité à une autorité des plus irrécusables, à notre ancien et vénéré collègue, le savant doyen de la Faculté de Caen. La servitude est continue, dit M. Demolombe[1], « quand elle s'exerce, pour ainsi dire, « elle-même et toute seule, sans aucun fait de l'homme, pen- « dant son sommeil. » Essayez d'appliquer ce *critérium* de la continuité à un droit de vue : celui qui sommeille peut bien être troublé par des visions imaginaires; mais ce ne sont là que des chimères, et assurément ce phénomène, qui n'a d'autre théâtre que le cerveau d'un homme mal endormi, ne gênera en rien le voisin, et ne lui causera pas le moindre désagrément.

116. Nous n'ignorons pas que les commentateurs se sont efforcés de donner raison à la loi, et d'expliquer comment dans cette hypothèse il y avait continuité. Ce qu'on prétend communément, c'est que la servitude de vue ne consiste point dans la faculté de plonger ses regards dans l'héritage d'autrui, mais bien dans le droit d'avoir une fenêtre ouvrante, laquelle, dit-on, existe à perpétuité, de même que l'appui qui serait pris sur le mur voisin. Prenons garde que les fenêtres pratiquées en dedans de la distance légale ne constituent des servitudes de vue qu'à raison de ce qu'elles donnent la possibilité de voir à son gré, ce qui suppose un homme éveillé et agissant. Assurément ce n'est pas la maison qui exerce la servitude de vue, ce sont les habitants de cette maison; et s'il était certain que le bâtiment ne sera jamais hanté que par des aveugles, il serait dérisoire de parler de droits de vue. — On a ajouté qu'une fenêtre ne servait pas seulement à voir, qu'elle procurait, en outre, des avantages permanents, continus, dans le sens légal de cette expression, en fournissant de la lumière et de l'air, bienfaits qui arrivent indépendamment de toute participation de l'activité humaine. A ceci, il est facile de répondre qu'une semblable utilité est tout à fait étrangère à l'idée de servitude. Bâtissez à la limite extrême de votre héritage, vous pourrez y pratiquer autant de jours que vous voudrez, pourvu qu'ils soient disposés de façon à permettre uniquement l'accès de la lumière, de même qu'il vous sera permis de percer le mur

[1] *Traité des servitudes*, t. 2, n° 707.

Digitized by Google

à votre guise pour établir un système de ventilation. Il n'y a servitude directe de vue qu'autant que les choses sont arrangées de manière à ce qu'il soit loisible de voir sur l'héritage d'autrui séparé de l'ouverture par moins de 19 décimètres. Seulement, on aura beau s'évertuer pour dépouiller une contre-vérité du caractère que lui impose la force des choses; on ne parviendra pas à faire qu'une servitude de vue puisse, quant à son exercice, se passer du fait actuel de l'homme.

117. Si la continuité, telle que la précise l'article 688, n'existe pas à l'occasion des droits de vue, le vice de la formule adoptée par les auteurs du Code se révèle à la première épreuve, relativement à l'une des servitudes les plus importantes. Pour mettre le législateur d'accord avec lui-même, il faut évidemment transformer l'idée de la continuité, et la faire dériver de l'existence de travaux permanents. Mais alors on est forcé de reconnaître que l'apparence se confond en réalité avec la continuité telle que celle-ci doit être entendue. Vous dites que la servitude de vue est continue, parce que, si l'on ne voit pas toujours, on possède d'une façon continue une fenêtre, à l'aide de laquelle on verra dès qu'on le voudra. Pourquoi n'en serait-il pas de même, quand il s'agit d'autres ouvrages incorporés au sol, et permettant d'user à son gré de telle ou telle servitude? J'exerce un passage s'annonçant par une porte dont j'ai seul la clef, par une chaussée empierrée, qui marque de traces constantes le terrain asservi : j'ai l'habitude de puiser de l'eau dans votre source, et j'y ai installé une pompe qui témoigne à chaque instant de mon droit. Sans doute, je ne passerai que par intervalles, je ne puiserai de l'eau que de temps en temps, de même que je n'aurai pas sans cesse l'œil ouvert à la fenêtre, qui me permet de plonger immédiatement mes regards sur l'héritage voisin. Mais, dans tous les cas, les travaux exécutés font corps avec les immeubles, les modifient à perpétuité dans l'intérêt de la servitude. La conclusion de ceci, c'est que la continuité proprement dite ressort d'ouvrages extérieurs, frappant sans relâche d'un signe de servitude l'héritage grevé, et que, en dernière analyse, la continuité, faisant double emploi avec l'apparence, son moindre défaut serait d'être inutile.

118. Malheureusement, les inconvénients de la doctrine

Digitized by Google

consacrée législativement se produisent d'une manière positive à l'égard d'autres servitudes. Pas de difficulté en ce qui concerne les droits de vue; ici, le texte est formel pour autoriser la prescription. Peu importe, dès lors, que cette décision cadre ou non bien exactement avec la détermination de la continuité écrite dans l'article 688. Mais si nous passons à l'autre exemple donné pour les servitudes continues, aux égouts et conduites d'eau, nous allons voir qu'à ce sujet il a surgi entre les interprètes du Code, comme dans la jurisprudence, un conflit, tenant à ce que les uns veulent faire prévaloir les véritables motifs de la prescription, tandis que les autres n'osent s'écarter de la lettre de la loi. A la différence de la servitude de vue, qui est toujours la même, les servitudes d'égout ou conduite d'eau peuvent se présenter sous des formes diverses. S'agit-il de l'écoulement des eaux pluviales, la continuité ne saurait faire l'objet d'un doute. Le toit du fonds dominant est là qui surplombe constamment au-dessus du fonds servant; la pluie constituant un événement naturel, les eaux tombent sans qu'il y ait un fait actuel de l'homme. Il en est de même quand il y a aqueduc, et qu'une prise d'eau s'exerce au moyen d'un canal ou de tuyaux, ouvrages qui restent à demeure pour attester la servitude. Bien que l'ouverture d'une vanne puisse être nécessaire pour mettre en jeu la servitude, les termes de l'article 688 sont assez élastiques pour que la continuité soit admise; une fois que l'homme a accompli son œuvre d'un instant, l'écoulement se maintient sans la participation d'un acte persévérant. C'est probablement en vue de cette hypothèse que le législateur a fait dériver la continuité de la circonstance que la servitude peut s'exercer indépendamment de l'aide permanente et actuelle du travail humain.—L'embarras commence alors qu'il est question de l'écoulement d'eaux qui doivent préalablement être jetées, par exemple, pour ce qui a trait à la servitude d'évier. Ce n'est point l'apparence qui fait défaut en pareil cas; il y a un ouvrage disposé pour ménager la chute de l'eau, ouvrage en saillie sur le fonds servant, et dont la destination n'a rien d'équivoque. D'un autre côté, la présomption d'une simple tolérance n'est point acceptable, la servitude ayant un caractère onéreux au plus haut degré, qui ne permet pas de s'arrêter à cette idée que si le voisin a subi pendant trente ans une semblable incommodité,

Digitized by Google

c'est pure complaisance de sa part. Les auteurs qui se décident en faveur de la prescriptibilité, notamment M. Demolombe [1], sont parfaitement dans le vrai quand ils relèvent ces considérations. Cette opinion a été consacrée par maints arrêts; M. Demolombe atteste que c'est là une jurisprudence constante dans le ressort de la Cour de Caen. Toutefois, cette solution est-elle bien en harmonie avec les exigences de la continuité, telles que notre législateur a eu soin de les énoncer? Nous ne saurions, pour notre compte, blâmer les auteurs et les arrêts qui ont refusé d'admettre à cette occasion l'existence d'une continuité conforme aux conditions tracées par l'article 688. Les eaux, qui doivent être jetées dans l'évier pour arriver sur le fonds servant, ne reçoivent cette direction que par suite du fait direct et prolongé de l'homme. Il n'y aura d'écoulement qu'autant qu'il y aura jet, et dans la mesure de ce qui aura été jeté. Que l'action de jeter cesse, que le fait actuel disparaisse, la servitude est désormais impuissante à s'exercer d'elle-même. On ne dira point, je suppose, qu'elle est apte à fonctionner pendant le sommeil de l'homme. Cette appréciation était du reste celle des Romains à propos de la *causa perpetua*, qui a de l'analogie avec notre continuité : *Neque enim perpetuam causam habet quod manu fit.*

(*La suite à la prochaine livraison.*)

L'ADMINISTRATION DES TRAVAUX PUBLICS A ROME,

Par M. Edmond Labatut,
secrétaire de la Société française de numismatique et d'archéologie.

(*Suite et fin* [2].)

CHAPITRE IV.

LES ROUTES ET LES VOIES PUBLIQUES.

Nous devons faire pour la *cura viarum* les mêmes remarques et les mêmes distinctions que nous venons de signaler, à propos des aqueducs et des égouts, pour ce qui concerne les

[1] T. 2, n° 712.
[2] V. *suprà*, p. 431.

Digitized by Google

attributions censoriales et édilitiennes. Censeurs et édiles sont, en effet, appelés *curatores viarum*[1] et contribuent, chacun pour une belle part, à la construction de ces grandes et célèbres voies qui s'étendirent de Rome aux provinces les plus éloignées, traversant les fleuves et les montagnes.

Parmi les routes les plus anciennes auxquelles les censeurs ont attaché leur nom, nous citerons la voie Appienne construite par Appius[2]; ce fut le premier chemin que les Romains firent paver[3]. Il conduisait d'abord de Rome à Capoue, puis on le prolongea jusqu'à Brindes, et il atteignit bientôt une longueur de 250 milles[4].

Solidement établi sur deux couches de pierres unies comme une mosaïque, il a défié le temps, et, après plus de vingt siècles, nous pouvons encore apprécier la grandeur de l'œuvre[5].

On connaît la voie Flaminienne[6].

En 448, le censeur Valerius Maximus fit faire un grand nombre de chemins aux frais du Trésor public[7].

Plusieurs années après, Livius et Claudius donnèrent à l'entreprise l'établissement de la rue qui menait du marché aux Bœufs (*forum Boarium*) au temple de Vénus[8].

[1] Cicéron, *De legib.*, III, 3. — Denys, VI, 90.

[2] Tite-Live, II, 9. — Frontin, V. — Orelli, 539. — Gruter, 389, 4. — Eutrope, II, 4.

[3] D'après Isidore de Séville (*Orig.*, XV, 16), les Carthaginois auraient été le premier peuple qui ait pavé les routes.

[4] Tacite, *Annal.*, II, 30. — Horace, *Ep.*, I, 18; v. 20. — Stace, *Silv.*, II, 2; v. 11.

[5] Il est une opinion généralement répandue, qui consiste à croire que l'itinéraire de toutes les voies impériales était gravé sur le *milliarium aureum* établi sur le Forum; et que de là partaient les mesures de toutes les voies de l'empire. La source de cette erreur est dans Plutarque (*Galba*, 24).

Les routes aboutissaient bien à cette colonne, mais on ne les mesurait pas à partir de sa base. On a trouvé dans les environs de Rome des monuments qui portaient la mesure de leur propre distance depuis la ville, et l'espace mesuré de la base du *milliarium* qui existe encore, jusqu'à ces bornes, a été toujours plus grande que la distance marquée. La vérité est que l'on comptait les distances à partir de la vieille enceinte de Servius-Tullius.

[6] Tite-Live, *Epit.*, XXX.

[7] *Id.*, IX, 43.

[8] *Id.*, XXIX, 37.

Digitized by Google

Flaccus ouvrit une route à travers le mont de Formies [1]; d'autres enfin adjugèrent à des entrepreneurs le pavement d'un grand nombre de rues et de voies [2].

Les auteurs nous fournissent pour les édiles des renseignements tout aussi précis.

Les édiles curules Olgunius font paver en pierres carrées la voie qui conduisait de la porte Capene au temple de Mars [3]; d'autres emploient l'argent des amendes infligées aux fermiers des pâturages publics à paver la voie depuis ce temple jusqu'à Boville [4]. Les édiles plébéiens Publicius donnent leur nom à la voie Publicienne, qu'ils édifient aussi à l'aide d'amendes [5].

Les édiles curules et les censeurs ont un même droit au titre de *curatores viarum*. Mais la grosse réparation ou la construction des routes ne dérive que de la *largitio ædilitia*, de la munificence des édiles qui, ou à leurs frais, ou avec l'argent des amendes qu'ils infligent, entreprennent ces travaux; là l'État n'intervient jamais comme bailleur de fonds, et l'on remarquera que dans aucun texte il n'est question de subvention accordée aux édiles par le Trésor public.

Les censeurs, au contraire, véritables ministres des finances et des travaux publics, donnent ces ouvrages à des entrepreneurs, leur ouvrent un crédit sur le budget jusqu'à concurrence du prix d'adjudication, et quelquefois même établissent un impôt spécial et annuel, *vectigal annuum* [6], pour subvenir à ces nécessités.

L'édile n'interviendra que pour son propre compte et quand il le voudra; seulement il le fera souvent, car il est de son intérêt de signaler son administration par des établissements d'utilité publique.

Il en est tout autrement si, faisant abstraction de la construction des routes, nous ne nous occupons que de la surveillance et des réparations quotidiennes *reficere*, *tueri*, alors nous rentrons dans le véritable domaine de la police municipale,

[1] Tite-Live, XXXIX, 44.
[2] *Id.*, XXXVIII, 28; XLI, 27.
[3] *Id.*, X, 23.
[4] *Id.*, X, 47.
[5] Ovid., *Fastes*, V, v. 287. — Festus, v° *Publicius*.
[6] Tite-Live, IX, 43; XXXIX, 44; XL, 46.

Digitized by Google

de la *cura urbis* proprement dite[1], et ils sont par conséquent compétents, en vertu du mandat spécial qu'ils tirent de leurs fonctions.

L'entretien et la réparation des voies publiques était à la charge des particuliers; on leur imposait ce soin comme compensation de leur droit de jouissance. « *Exigere dicuntur viam magistratus*, dit Asconius[2], cum vicinam *cogunt munire quam diligentiam sumptu facto.* » Une loi du Digeste motive ce règlement[3]. La réparation des chemins, y est-il dit, est à la charge des particuliers, mais cela ne rend pas le chemin privé. La charge de l'entretien doit être commune, car le chemin est fait pour l'utilité de tous.

Les Tables d'Héraclée offrent sur ce sujet de nombreux renseignements[4] : « Quæ viæ in urbe Roma, propiusve urbem Romam passus mille, ubi continente habitabitur, sunt, erunt, cujus ante ædificium earumque viæ erunt, in eam viam, arbitratu ejus ædilis, cui ea pars urbis hac lege obvenerit, tueatur, isque ædilis curato, uti, quorum ante ædificium erit, quamque viam hac lege quemque tueri opportebit, ei omnes, arbitratu ejus tueantur, neve eo loco aqua consistat, quo minus commode populus ea via utatur. »

Tous les travaux que les particuliers devaient faire exécuter étaient placés sous la direction des édiles, qui les surveillaient et les approuvaient ensuite dans Rome et dans un rayon d'un mille autour de la ville[5].

Les grandes routes furent administrées par les censeurs; plus tard on confia cette mission à des personnages de haut

[1] Nous n'entendons ici parler que des voies qui traversaient Rome et dans un certain rayon autour de la ville.

[2] *Ad Verr.*, I, 59.

[3] L. II, 5, 22, *Ne quid in loco publico;* XLVIII, 8.

[4] Lign. 20 à 24, *Æs Britt.*

[5] On ne doit donc entendre par Rome et banlieue que les rues et leur prolongement à un mille. Il en était autrement pour ce que nous désignons par le mot *routes.* « Hoc interdictum, dit Ulpien (L. 2, 5, 34, XLVIII, 8), ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non : harum enim cura ad magistratus pertinet. » Ces voies, que le jurisconsulte appelle *rustica*, étaient désignées sous le nom de *viæ consulares aut prætoriæ*, et nommées par les Grecs βασιλικαι; de même que nous les nommons chez nous tantôt *routes impériales*, tantôt *routes royales.*

Digitized by Google

rang[1] que l'on nomma *curatores viarum;* nous connaissons les curateurs des voies Flaminienne[2], Appienne[3], Émilienne[4], Aurélienne[5], Valérienne[6], de Preneste[7], etc.

Auguste garda pour lui cette administration, et l'enleva aux censeurs et aux édiles, puis il la confia à un *curator viarum*[8]. Les premiers *curatores viarum* datent de l'an 734[9]; mais déjà, sous la république, le sénat avait parfois confié ces fonctions à des magistrats nommés spécialement; nous le voyons par cette inscription :

VIAR . CVR . EXTRA . V . R . EX . S. C. IN . QVINQ.

« Curator viarum extrà urbem Romam ex senatus-consulto in quinquennium[10]. » Il y avait huit *curatores viarum*[11].

La compétence des magistrats subit aussi des changements quant à l'étendue de leurs attributions : les édiles curules et les préteurs eurent un droit de juridiction sur un rayon de 10 milles autour de Rome[12]; plus tard l'autorité du préfet de la ville s'étendit à 100 milles[13].

On sait que l'*imperium* des magistrats urbains ne s'étendait d'abord qu'à un mille au delà de Rome. « Legitima sunt judicia, dit Gaius[14], quæ in urbe sunt, vel intra primum urbis milliarium, inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur[15]. »

Nous aurons encore recours aux Tables d'Héraclée[16].

[1] Pline, *Epist.*, V, 15.
[2] Cicéron, *ad Attic.*, I, 1.
[3] Plutarque, *Cæsar.*, 1. — Orelli, 2367.
[4] Pline, *Epist.*, *loc. cit.*
[5] Orelli, 2272, 2760.
[6] *Id.*, 2274.
[7] *Id.*, 3140.
[8] Suétone, *Aug.*, 37.
[9] Dion, LIV, 8.
[10] Momsen, *I. N.*, 5244. — Orelli, 6450.
[11] Borghesi, *Cæs. Burb.*, I. — Marini, *Atti.*, p. 785. — Orelli, Henzen, 2367, 6502.
[12] Tite-Live, XXVII, 37; XL, 37.
[13] Digeste, *De offic. præf. urb.;* L. 1, § 1 (I, 12); L. 6, § 4, *De interdict.* XLVIII, 22). — Dion Cassius, LII, 2.
[14] IV, § 104.
[15] Tite-Live, III, 20; XXXIV, 1. — Denys, VIII, 87.
[16] *Æs. Britt.*, 24 à 29.

Digitized by Google

« Ædilis curulis, ædilis plebis, qui nunc sunt, quipumque post hanc legem facti, creati erunt, eumve magistratum inierint, ii in diebus quinque proxumis, quibus ei magistrati designati erunt, eumve magistratum inierint, inter se (com.) paranto aut sortiunto, quæ in parte urbis quisque eorum vias publicas in urbe Roma, propiusve Romam passus mille, reficiundas, sternandas curet, ejusque rei procurationem habeat. Quæ pars cuique ædili ita hac lege obvenerit, ejus ædilis in iis locis, viarum reficiendarum, tuendarum procuratio esto, uti hac lege oportebit. »

Le texte est si clair que c'est à peine s'il a besoin d'un commentaire. Les édiles curules et plébéiens se partageaient entre eux à l'amiable, ou tiraient au sort les quartiers de la ville dont ils devaient entretenir et surveiller les rues. La répartition une fois faite, chacun devenait souverain dans son département, s'acquittait de ses fonctions et faisait exécuter les règlements par les particuliers dont les immeubles correspondaient à la surface du terrain qu'ils occupaient le long de la voie publique.

Il serait trop long de citer encore les Tables d'Héraclée; nous y renvoyons nos lecteurs; ils y trouveront des renseignements précis et nombreux [1].

Quand un édifice public ou sacré faisait face à une maison privée, les édiles affermaient les travaux que nécessitait cette moitié de rue à des entrepreneurs, comme cela se pratiquait pour les autres ouvrages. Bien que les Tables d'Héraclée n'en fassent pas mention, il est certain qu'on divisait la rue longitudinalement en deux parties égales. « Chaque particulier, dit Papinien [2], doit faire le chemin le long de sa maison et nettoyer les ruisseaux; il doit construire la voie de telle sorte qu'une voiture puisse y passer. Les locataires des maisons feront eux-mêmes le chemin, si le propriétaire ne le fait pas, et ils déduiront la dépense qu'ils auront faite du prix de leur loyer. »

Si un particulier, soit par négligence, soit par mauvaise volonté, ne faisait pas les réparations dont il était tenu, l'édile prévenait le questeur de la ville, qui mettait aux enchères,

[1] Lign. 29, etc.
[2] Dig., L. 5, *De via publica*, XLIII, 10.

Digitized by Google

sur le Forum, l'adjudication de ces travaux; on inscrivait sur des registres publics la somme payée à cet effet aux entrepreneurs, et le Trésor public devenait le créancier du citoyen.

Nous ne pouvons qu'approuver une semblable mesure, elle est d'une habile administration; que l'on songe, en effet, à tous les inconvénients et à tous les retards que l'on aurait éprouvé, s'il eût fallu à plusieurs reprises engager les particuliers à réparer le devant de leur porte, à les citer, à leur faire un procès. Si au jour indiqué par l'édit, les ouvriers n'étaient pas à leur poste, l'édile les y envoyait pour le compte du citoyen, et faisait ensuite rembourser l'État; les travaux d'urgence s'exécutaient ainsi sans retard [1].

Les édiles devaient veiller à ce que personne ne fît des trous dans les rues, n'enfonçât les pavés ou n'empiétât sur la voie publique. Si un esclave était l'auteur du fait, il était fouetté; si c'était un citoyen, on lui infligeait une amende, et l'on faisait démolir ce qui avait été construit [2]. Les Tables d'Héraclée entrent dans de grands développements à ce sujet [3].

Caton, pendant sa censure, s'occupa de détails que ses collègues laissaient d'ordinaire à des magistrats inférieurs. Nous savons par Tite-Live [4] qu'il obligea les citoyens à démolir, pendant l'espace de trente jours, la portion de leurs bâtiments commencés ou achevés, qui empiétaient sur la voie publique.

Les édiles étaient enfin chargés de veiller à l'alignement des rues et de faire des ponts là où il était nécessaire [5].

Pour l'exécution de leurs règlements, les édiles avaient sous leurs ordres un certain nombre d'employés : les *duumvirs* et

[1] *Tab. Héracl.*, lig. 55 à 57.

[2] Dig., *De viâ publicâ*, XLIII, 10.

[3] *Tab. Héracl.*, lig. 56. — Conradus croit que la ligne 68 des *Tables d'Héraclée* fait allusion aux censeurs. Nous ne pouvons accepter cette interprétation qui n'est pas fondée; les censeurs ne s'occupaient de ces détails qu'extraordinairement, et si la loi les avait désignés, leur nom aurait précédé celui des édiles. Nous ne suivrons pas davantage l'explication de Mazochius, qui croit y reconnaître les duumvirs et les quatuorvirs; il n'en peut être ainsi, car ce ne sont là que des employés et non des magistrats; si ce ne sont pas des édiles, il nous paraîtrait plus exact d'y voir des *quæstores ærarii*, que nous avons vus plus haut, chargés de certaines affaires sous les ordres de l'édile.

[4] Tite-Live, XXXIX, 44.

[5] Dig., pr., *De viâ publ.*, XLIII, 10.

Digitized by Google

les *quatuorvirs* [1]; ces derniers, comme leur nom l'indique au nombre de quatre, étaient chargés de la ville même, et les duumvirs de la banlieue [2]. Les quatuorvirs furent créés à la fin du cinquième siècle de Rome [3]. Quant aux duumvirs, nous savons seulement qu'ils furent supprimés par Auguste [4].

Ils étaient chargés par les édiles de faire nettoyer les rues, de veiller à la salubrité, etc..., *purgare vias*...

« Viam aperire est, dit Ulpien [5], ad veterem altitudinem et latitudinem restituere. Sed et purgare refectionis portio est. Purgare autem proprie dicitur ad libramentum proprium redigere, sublato eo, quod super eam esset. Reficit enim et qu aperit et qui purgat, et omnes omninò qui in pristinum statum reducunt. »

On sait ce qui arriva à Vespasien pendant son édilité. Un jour qu'il faisait partie du cortége de Caligula, cet empereur, furieux de ce qu'il n'avait pas eu le soin de faire balayer les rues, ordonna de le couvrir de boue, et en fit remplir par les soldats les plis de sa toge [6].

Ce soin de veiller à la propreté des rues remonte très-haut : Plaute y fait allusion dans son *Stichus*, lorsque l'esclave Dinassion dit au parasite Gélasinus :

— Prends ce balai, je balayerais par-ci, toi par-là.
— Volontiers.
— Qu'on m'apporte un seau d'eau.
— (Le parasite se tournant vers les spectateurs.) Il se passe bien de l'élection du peuple pour exercer l'édilité.

ADMINISTRATION DES ÉDIFICES SACRÉS ET PUBLICS.

Cette division de la *cura urbis* comprend l'inspection et la surveillance des édifices sacrés et publics, temples, théâtres, portiques, basiliques, etc...

Nous ne reviendrons pas sur les conflits apparents qui sem-

[1] Orelli, 1492, 2760.
[2] Dion Cassius, LIV, 26.
[3] Tite-Live, *Epist.*, XI. — Polybe, II, 19. — Velleius Paterculus, I, 14. — Cicéron, *ad Famil.*, X, 32. — Nous les retrouvons sous les empereurs Suétone, *Aug.*, 37. — Dion, LIV, 26. — Orelli, *loc. cit.*....
[4] Dion Cassius, *loc. cit.*
[5] Dig., L. 1, § 1, *De viâ publicâ*, XLV, 11.
[6] Suétone, *Vespasien*, 5.

Digitized by Google

blent résulter de la lecture des textes, entre les édiles et les censeurs.

La compétence des censeurs pour les travaux publics de ce genre est nettement établie et définie : « Censores urbis, templa, vias, aquas, ærarium tuento [1]. » Celle des édiles ne l'est pas moins, quant à la surveillance et à l'inspection [2].

Les premiers étaient chargés par le gouvernement de faire exécuter ces travaux; ils traitaient avec des entrepreneurs et donnaient les fonds pris sur le Trésor public, le tout sous le contrôle du sénat [3]. Les édiles, au contraire, ne sont jamais chargés d'une semblable mission, du moins officiellement, et quand ils exécutent des travaux de ce genre, ce sera toujours à leurs frais ou avec le produit des amendes.

La surveillance des temples et des édifices publics est la plus ancienne des attributions édilitiennes; nous avons vu que c'est de là que ces magistrats tiraient leur nom.

Voici les documents que nous avons pu recueillir sur cette partie de leur administration.

Les édiles du peuple, M. et L. Publicius, élevèrent près du grand cirque un temple à Flore [4]; Œnobardus et Curion au dieu Faune [5]; d'autres construisirent un autel à la déesse Laverne [6]; Junius Brutus et Q. Oppius établirent sept pavillons pour le peuple [7]; Tubéron et Letorius, trois statues dans le Capitole [8]; Flaccus en plaça deux de dorées [9]; Glarion et Lélius en firent ériger à Bacchus, Cérès et Proserpine [10]; Q. Catius à Cérès seulement [11]; d'autres dédièrent près des rostres une statue à la Sybille [12]; enfin Œlius Petus et Fulvius Curvinus offrirent à Cérès des coupes d'or [13].

[1] Cicéron, *De leg.*, III, 3. — Tite-Live, XLII, 3.
[2] Denys, VI, 90. — Zonazas, *Annal.*, VII, 16. — Cicéron, *in Verr.*, V, 14. Varro, *De ling. lat.*, VI.
[3] Tite-Live, IX, 43; XXIX, 37; XXXIX, 44; XLV, 15.
[4] Tacite, *Annal.*, II, 49. — Ovide, *Fastes*, V, v. 290.
[5] Tite-Live, XXXIII, 42.
[6] Reinésius, *Inscr.*, cl. 4, n° 3.
[7] Festus, v° *Plebeia tabernæ.*
[8] Tite-Live, XXX, 39.
[9] *Id.*, XXXVIII, 35.
[10] *Id.*, XXXIII, 25.
[11] *Id.*, XXVII, 6.
[12] Pline, *H. N.*, XXXIV, 11.
[13] Tite-Live, XX, 23.

Digitized by Google

Dans tous ces textes il n'est question que des édiles plébéiens, et toutes ces largesses sont faites avec le produit des amendes qu'ils ont imposé.

Les édiles curules construisirent par le même moyen le temple de Vénus qui est auprès du grand cirque [1]; le temple de la Liberté sur le mont Aventin [2]; le temple de la Concorde [3], le temple de la Victoire [4]. Une première médaille [5] nous permet de supposer que les édiles curules, M. Lépidus et M. Marcellus, rétablirent le temple de Diane; une deuxième [6] que Sempronius Tipditanus répara le temple de Jupiter.

Les édiles curules firent aussi la dédicace du temple de la Liberté [7] et du temple de la Concorde. D'ordinaire on réservait la présidence de ces solennités à de plus hauts personnages; mais l'édile Flavius réclama contre l'opposition que lui faisaient les patriciens, et le souverain pontife se trouva forcé, par une décision unanime du peuple, de lui dicter les formules sacrées [8].

Nous avons parlé plus haut de la magnificence des Olgunius; entre autres œuvres d'art dont ils dotèrent la ville, ils firent placer le groupe de Romulus et de Rémus allaités par la louve, qu'on peut encore aujourd'hui contempler dans le palais des Conservateurs, à Rome [9].

D'autres édiles firent faire des boucliers dorés qu'on suspendit aux voûtes du temple de Jupiter; des portiques; un marché sur les bords du Tibre [10]. Il serait trop long, et aussi trop monotone, d'énumérer tous les murs, portes, aqueducs, égouts, théâtres, etc..., que les édiles firent construire [11].

Quand les édiles font de telles constructions, c'est au même

[1] Tite-Live, X, 31.
[2] *Id.*, XXIV, 16.
[3] *Id.*, IX, 46. — Pline, *H. N.*, XXXIII, 16.
[4] *Id.*, X, 33.
[5] Vaillant, *Numismat.*, t. I; *gens Claudia*, 37; *Æmilia*, 22.
[6] *Id.*, t. II; *gens Sempronia*.
[7] Tite-Live, XXIV, 15.
[8] *Id.*, IX, 46.
[9] *Id.*, X, 23.
[10] *Id.*, XXXV, 10.
[11] Cicéron, *De offic.*, II, 17. — Pline, *H. N.*, XXXV, 15. — Suétone, *César*, 10. — Dion, XLIX, 43; LIII, 27. — Frontin, *De aq.*, IX, 116. — Strabon, V, 3, 8.

Digitized by Google

titre qu'un simple particulier qui aurait voué un temple, ou qu'un général qui aurait fait de même; c'est du reste ainsi que se sont élevés presque tous les édifices sacrés de Rome [1]. Ceux qui vouaient des temples les faisaient construire sous leur direction [2] ou les confiaient à des duumvirs créés exprès [3], quelquefois même ils ne pouvaient faire la dédicace des édifices qu'ils avaient élevés [4].

Les auteurs ont encore ici méconnu la distinction fondamentale des attributions.

La confusion dans laquelle ils sont tombés est contraire à l'organisation politique de Rome comme à son organisation administrative [5].

La construction ou la réparation des édifices publics ou sacrés n'est pas à la charge des édiles; ils n'ont qu'à exercer une surveillance de police, à veiller qu'ils n'éprouvent aucun dommage de la part des particuliers [6], et à ce qu'ils soient bien entretenus.

Auguste, qui organisa sur d'autres bases l'administration municipale de Rome, divisa la ville en 14 régions et en 265 *vici*; il plaça 4 *magistri vicorum* à la tête de chaque *vicus*. Ces fonctionnaires furent choisis dans les dernières classes du peuple, et surtout parmi les affranchis. Une partie des attributions des Édiles, en matière de travaux publics, passèrent sous l'empire entre les mains des préteurs : Auguste leur confia, concurremment avec les autres magistrats, la surveillance et la haute direction de l'administration des édifices publics et sacrés (cura ædium). Ils commandaient les *magistri vici*, les autorisaient à exécuter les travaux qu'ils inspectaient et approuvaient ensuite. Nous les voyons dans l'exercice de ces fonctions sur une très-belle et très-intéressante inscription du règne de Trajan, gravée sur une colonne que l'on peut

[1] Tite-Live, X, 42; XL, 44. — Cicéron, *in Verr.*, II, 1, 5. — Festus, v° *Octaviæ porticus*.

[2] Tite-Live, V, 22; VII, 22; IX, 43; X, 1; XXVII, 25; XXIX, 11; XL, 44.

[3] *Id.*, VI, 5; VII, 28; XXIII, 31; XXXIII, 31; XXXIV, 53; XXXVI, 36.

[4] Tite-Live, IX, 46; XXIV, 16. — Orelli, 4956.

[5] Voir *suprà*.

[6] Une belle inscription rapportée par Orelli, 2488. — Momsen, *I. N.*, 6011.

Digitized by Google

encore aujourd'hui voir au Capitole [1]. Les *magistri vicorum* du *vicus censorinus* situé dans la quatorzième région, ont, avec l'autorisation du préteur, rétabli l'autel des dieux Lares des empereurs; le travail terminé [2], les préteurs l'examinèrent et l'approuvèrent. PERMISSV.... PRAETORIS; et, plus loin, IDEM . PRAETOR PROBAVIT [3].

Auguste confia aussi la *cura operum publicorum* à des *curatores* [4]. Nous apprenons par les inscriptions qu'il garda ces fonctions pour lui pendant un certain temps [5]; il les abandonna ensuite à des consulaires [6].

Sous Tibère, nous voyons apparaître la charge des *curatores locorum publicorum judicandorum*. Ce collége est formé de cinq sénateurs, et, sur le nombre, un, au moins, doit être consulaire [7]. Cette fonction fut réunie à la première sous Vespasien [8].

Les fonctions des *curatores locorum publicorum* sont définies par Cicéron [9] : « ... sarta tecta ædium sacrarum locorumque communium tueri. »

Nous reproduisons la première inscription qui fasse mention de ces magistrats (à partir de la 4e ligne)...

[1] Donati, p. 161, n° 3, et Orelli, 782, l'ont reproduite avec quelques inexactitudes.

[2] Le 27 décembre de l'an 100.

[3] Il y a une faute d'orthographe dans l'inscription elle-même : on lit sacerdot*æ* pour sacerdot*e*. Orelli a bien restitué après *designatus* le nombre IIII pour les consulats de Trajan; mais après *magistri anni* il faut ajouter CVII, au lieu de CVLII, qui n'a aucun sens. Notre inscription est en effet de l'an 853; or les premiers *magistri vici* entrèrent en charge au 1er août 747; donc, puisque leurs fonctions étaient annales, on était, en l'an 853, arrivé à la cent-septième magistrature. — Par le *c* renversé (ɔ), on désignait une femme; il faut donc lire : *M.LIVIVS. Caiæ libertus.*

Voir Dion, LV, 8. — Suétone, *Aug.*, 30.

[4] Suétone, *Aug.*, 37.

[5] Fabretti, p. 684, n° 77. — Gruter, p. 200, n° 3. — Orelli, 5011.

[6] Donati, 450, 7; 47, 12. — Orelli, 3260 (il lit à tort *Licinius*, c'est *Licinus*). — Smettius, 7, 1.

[7] Smettius, p. 8. — Gruter, 200, 6; 457, 4. — *Juste Lipse post Smettt*, p. 23.

[8] Momsen, *I. N.*, 2314.

[9] *Ad Famil.*, XIII, 11.

Digitized by Google

PRO . COS . PR . TR . PL.
Q . QVAESIT . IVDIC.
PRAEF . FRVM . DAND.
X̄ VIR . STL . IVDIC.
CVRATORI . AEDIVM . SACRAR.
MONVMENTOR.QVE . PVBLIC
TVENDORV M etc...[1]

Ils héritèrent en partie des attributions édilitiennes; la surveillance des temples leur fut confiée. Nous lisons dans Suétone[2] que Vitellius, chargé de l'intendance des monuments publics, fut accusé d'avoir enlevé ou changé les offrandes et les ornements des temples, et d'avoir mis du cuivre et de l'étain à la place de l'or et de l'argent. Il est probable qu'après la censure de Claude, cette charge fut remise à des *curatores ædium sacrarum*[3]. On les désigna par ces mots[4] :

CVRAT . AED . SACRAR.
CVRAT . LOCOR . PVBLIC[5]
CVRAT . AED . SACRAR . LOCORQ . PVBLIC[6]
CVRAT . OPERVM . LOCORVM.QVE . PVBLIC[7]

et surtout :

CVR . OPERVM . PVBLIC[8]

Ils étaient chargés des temples, des monuments et du domaine public[9]. Ces fonctions furent toujours confiées à d'anciens préteurs ou à des consulaires[10].

Il y eut des *subcuratores*[11], et à la fin de l'empire des *vicecuratores*[12]; l'un d'eux est le fils de l'empereur Papien.

[1] Orelli, 3109. — Momsen, *I. N.*, 5471.
[2] Vitellius, 5.
[3] Gruter, p. 131, 3; 1009, 12.
[4] Orelli, 2274. — Marini, *Atti*, p. 784.
[5] Henzen, 6453.
[6] *Id.*, 5427.
[7] *Id.*, 3382, 5478, 5479, 6484.
[8] *Id.*, 2273 (sous Trajan). — Muratori, p. 321, 1 (sous Adrien). — Orel., 6051.
[9] Marini, *Atti*, 220. — Orelli, Henzen, 1506, 6501, 6375. — Gruter, p. 128, 2.
[10] Orelli, Henzen, 2456, 6051.
[11] *Id.*, 6513.
[12] *Id.*, 6511, 6512.

Digitized by Google

ADMINISTRATION DES ÉDIFICES PRIVÉS.

Les édiles avaient un droit d'inspection sur les maisons particulières [1]. Ils doivent veiller avec le plus grand soin, dit Papinien dans son *Traité du devoir des édiles* [2], à ce que les murs des édifices privés ne soient pas dans un délabrement fait pour inspirer des craintes; dans ce dernier cas, ils préviendront le propriétaire de les réparer ou de les reconstruire, suivant qu'il sera nécessaire; s'il s'y refuse, ils le condamneront à l'amende, jusqu'autant qu'il ait satisfait à leurs prescriptions.

La création de cette fonction n'avait pas été un luxe administratif, si nous en croyons Juvénal [3] : « A Rome, dit-il, la plupart des maisons ne se soutiennent qu'à l'aide de faibles étais. Sont-ils posés, a-t-on récrépi de vieux murs entr'ouverts, on s'empressera de vous dire : Dormez tranquille. Et cependant l'édifice est près de s'écrouler! »

Strabon [4] vient aussi apporter son témoignage et nous fournir une nouvelle preuve de l'importance de cet office municipal. « Toutes les constructions nouvelles auxquelles donnent lieu les écroulements, les incendies et les ventes; oui! les ventes mêmes; car on peut dire que ces aliénations d'immeubles, qui, elles aussi, se reproduisaient incessamment, équivalent à des destructions volontaires, tout nouvel acquéreur se hâtant de démolir pour reconstruire ensuite à sa guise, etc. »

Auguste essaya de remédier à ces inconvénients; il lut en plein sénat, et fit connaître au peuple, par des édits, des ouvrages *sur l'ordonnance des bâtiments* [5], et, *pour prévenir l'écroulement trop fréquent des maisons*, il réduisit l'élévation réglementaire des nouveaux édifices, et défendit qu'à l'avenir les maisons bâties sur la voie publique eussent plus de 70 pieds de hauteur.

Le mal devait être grand, car Strabon nous apprend encore [6]

[1] Festus, v° *Ædilis*. — Asconius, *ad Verr.*, I, 51. — Varron, *De la lect.*, VI.

[2] Dig., L. 1, § 1, *De via publica*, XLIII, 10.

[3] *Sat.*, III, v. 194.

[4] V, 3, § 7.

[5] Suétone, *Aug.*, 89.

[6] Strabon, V, 3, 7.

Digitized by Google

que, malgré toutes les mesures que l'on avait prises, on eût encore manqué à Rome des moyens suffisants pour réparer les dommages causés par les accidents, si l'on n'avait eu la précieuse ressource des carrières de pierre et des forêts voisines.

Lorsque Néron fit reconstruire Rome, il diminua l'élévation réglementaire des édifices [1].

Trajan défendit aux particuliers de dépasser 60 pieds de hauteur [2].

Les édiles devaient donc, par une inspection continuelle et consciencieuse, examiner les maisons qui menaçaient ruine, et prévenir les accidents en ordonnant aussi des réparations ou une reconstruction.

Ils devaient empêcher les particuliers de modifier en aucune façon l'aspect général de la ville, la symétrie des rues et des constructions, même de démolir leurs maisons à moins d'urgence, et cela *ne ruinis urbs deformetur* [3].

Si un individu était convaincu d'avoir vendu tout ou partie de sa maison pour être démolie, et pour faire ensuite des matériaux un objet de spéculation, le vendeur et l'acheteur étaient condamnés à payer une amende égale au prix fixé [4].

Il était défendu pour le même motif de spéculer sur les terrains dont on démolissait les édifices pour en tirer un meilleur parti; la condamnation était du double [5].

On ne comprendrait pas aujourd'hui surtout l'utilité de ces dispositions, qui laissaient subsister des masures plutôt que de subir les inconvénients temporaires d'une reconstruction, et cela dans l'intérêt de l'embellissement de la ville.

Les édiles devaient faire exécuter pour l'écoulement des eaux toute une série d'utiles règlements dans l'intérêt public et privé : *ædiles studeant ne effluxiones non noceant domibus* [6].

Les particuliers eux-mêmes étaient obligés de nettoyer les

[1] Tacite, *Ann.*, XV, 43.

[2] Aurelius Victor, *Epist.*, XIII, 13.

[3] Dig., L. 2, § 17, *Ne quid in loc. publ.*, XLVIII, 8.

[4] Dig., L. 48, *De damno infecto*, XXXIX, 2.

[5] Dig., L. 52, *De contr. empt.*, XVIII, 1; L. 1, § 4, *De offic. ædilium*, XLIII, 10. — Beinesius (*Inscr.*, cl. 7, n° 2) a rapporté le texte du sénatus-consulte, qui réglait ces détails.

[6] Dig., pr., *De via publ.*, XLIII, 10.

Digitized by Google

ruisseaux qui n'étaient pas couverts, sur toute la longueur du terrain qu'ils occupaient, et, en cas de contravention, ils s'exposaient à des amendes [1].

« Purget aquæ ductus quæ sub dio sunt, » dit la loi [2]. — Enfin les particuliers devaient arroser et balayer leur devant de maison [3].

Telle était à Rome l'administration des travaux publics et la surveillance des monuments.

Nous n'avons pu dans cette étude épuiser tous les textes de la matière, et, de plus, nous avons été sobre de documents épigraphiques pour ne pas donner à ce travail un caractère trop spécial. Ceux de nos lecteurs qui voudront avoir des détails complémentaires, bien qu'accessoires, pourront consulter les notes où tous les textes relatifs à notre sujet sont indiqués.

Nous terminons ici ce travail d'ensemble, heureux si nous avons pu intéresser et faire apprécier le rôle important des édiles dans l'administration des travaux publics de Rome.

EDMOND LABATUT.

BIBLIOGRAPHIE.

De la règle : *NEMO PRO PARTE TESTATUS ET PRO PARTE INTESTATUS DECEDERE POTEST*, en droit romain et en droit français, par M. MASSOL, professeur à la Faculté de droit de Toulouse [4].

Compte rendu par M. H. ROZY, professeur agrégé à la Faculté de droit de Toulouse, chargé du cours d'économie politique.

A la réunion annuelle des sociétés savantes, à la Sorbonne, en 1864, M. Massol communiqua un mémoire relatif à *la diffamation envers les morts* qui fut très-remarqué et fort goûté. —

[1] *Tab. Heracl.*, lig. 23, etc.
[2] Dig., L. 5, *De via publ.*, XLIII, 10.
[3] Plaute, *Stichus*, II, 2, v. 27.
[4] Paris, Maresq aîné, rue Soufflot, 17. — Toulouse, Delboy, rue de la Pomme, 72.

Digitized by Google

La solution qui y était soutenue était favorable à la recevabilité de l'action, intentée par les héritiers pour venger la mémoire de leurs auteurs, diffamés après leur mort; et ses motifs étaient largement empruntés aux lois romaines qui, dans plus d'une formule saisissante de vérité, posent avec fermeté le principe de la confusion de la personne du successeur avec celle du *de cujus*, soit au point de vue des biens, soit au point de vue de l'*existimatio*[1].

Depuis la publication de ce mémoire, M. Massol a eu la bonne fortune de voir pleinement consacrer par la Cour de cassation, non-seulement sa solution, mais encore même le mode et le tour de son argumentation. Car, il faut le remarquer — le fait est quelque peu exceptionnel — le rédacteur de l'arrêt du 1er mai 1867, qui punit la diffamation envers les morts, n'a pas reculé devant la citation textuelle de la loi 1, § 4, au Dig. *de injuriis et famosis*, qui était l'un des plus solides appuis de la discussion de M. Massol.

Mais ce n'est pas seulement la jurisprudence qui s'est éclairée aux travaux du savant professeur de la faculté de droit de Toulouse ou enrichie de ses recherches; la science et la littérature juridique ont aussi à se féliciter doublement du choix du sujet de la dissertation lue par lui à la Sorbonne. En effet, le même courant d'idées qui avait amené ce jurisconsulte à préciser, pour un cas déterminé, dans quelle mesure un héritier peut être le représentant du défunt, l'a sans doute poussé à s'élever au-dessus de cette hypothèse particulière et à se demander comment — rationnellement et juridiquement — doit être constituée, d'une façon générale, la représentation de ceux qui ont quitté la terre, en faveur de ceux qui doivent prendre leur place, soit en vertu d'nne manifestation de dernière volonté, soit par l'autorité de la loi.

Or le droit romain, que M. Massol enseigne tous les jours, avait sur ce problème une solution très-nettement accusée, enfermée dans une formule qui repoussait énergiquement le concours, dans la représentation du défunt, d'un héritier choisi par le testateur et d'un héritier nommé par la loi : *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*. Tout naturellement, une curiosité scientifique du meilleur aloi, et des ré-

[1] Novelle 48, præf.; l. 1, § 4, Dig. 47, 10; — Gaius, comment., II, § 154.

Digitized by Google

sultats de laquelle nous profitons maintenant, a conduit le romaniste distingué à rechercher si cette formule latine n'aurait eu qu'une valeur passagère, ou si au contraire elle ne cachait pas un principe rationnel; enfin, si la législation française ne l'avait pas admise implicitement. Et ces recherches entreprises, on le devine sans peine, avec un véritable amour pour le droit romain que M. Massol sent encore le besoin de venger de quelques critiques, nous ont valu une brochure d'une centaine de pages, très-riche d'idées, dont l'Académie de Législation de Toulouse a eu les prémisses, mais dont la notoriété doit franchir les limites du rayon qui l'a vu naître.

Les conclusions de l'auteur ne seront peut-être pas acceptées *à priori* par tout le monde, car elles posent résolûment cette idée : que la règle du droit romain se trouve tout entière, avec presque toutes ses conséquences, au fond de notre théorie légale de la représentation du défunt par l'héritier. Mais il n'est personne qui ne doive se sentir honoré de discuter contre elles, ou tout heureux de désarmer devant la puissance de leur exposition, quand on aura apprécié, à sa juste valeur, l'importance de l'œuvre de M. Massol, que je voudrais essayer de faire connaître aux lecteurs de la *Revue*.

Tous les développements et toutes les questions controversées que l'on y rencontre gravitent autour de trois propositions fondamentales, dont l'examen a un intérêt véritablement scientifique, et auxquelles on ne saurait reprocher, à coup sûr, d'être banales et rebattues.

I. La maxime *pro parte testatus et pro parte intestatus decedere non potest* a pour unique fondement un principe tout *rationnel*. Elle n'a rien emprunté aux accidents de temps ou de lieux. — *Earum rerum* (testato et intestato decessisse) NATURALITER *inter se pugna est*.

II. L'application de la théorie de la saisine est venue donner, dans notre droit français, un appui nouveau à l'ancienne maxime romaine, c'est-à-dire à l'indivisibilité de la qualité d'héritier.

III. Si le plus souvent on enseigne, sous l'empire de notre législation, que cette maxime est inacceptable, c'est qu'on l'entend mal. — On croit qu'elle veut dire que l'on ne peut disposer seulement d'une fraction de ses biens, tandis qu'elle

Digitized by Google

doit être prise en ce sens, que nul ne peut être héritier, c'est-à-dire véritablement continuateur de la personne du défunt, sans avoir vocation à toute la succession, et que si le testateur dispose d'un objet particulier ou même d'une quote part de la succession, c'est un legs qu'il fait, et non une institution d'héritier[1].

Je reprends chacune de ces propositions avec notre auteur.

I

M. Massol rejette bien loin et avec infiniment de raison l'interprétation de Thibaut qui ne voyait dans la règle : *nemo pro parte testatus*... qu'une pure disposition du droit civil, à laquelle servait de fondement l'interprétation rigoureuse du mot *intestatus* employé par la loi des douze Tables, pour indiquer l'état dans lequel devait être mort celui dont l'hérédité légitime était déférée par la loi. Il ne veut pas non plus s'associer à l'opinion de *Gans* qui plaçait l'origine de la règle dans un fait historique : dans l'antagonisme entre le droit de famille, représenté par l'hérédité *ab intestat* et le droit de l'individu, représenté par la succession testamentaire. Mais ici ne pourrait-on pas penser que M. Massol cède, peut-être un peu trop, au désir exclusif de trouver à cette règle un fondement purement rationnel? Et ne serait-il pas plus conforme à la vérité de tout concilier, en admettant que l'antagonisme, qui a existé, en fait, entre le droit de la famille et le droit de l'individu n'était au fond que le reflet de principes rationnels, philosophiques ou économiques ; et que, par conséquent, ce n'est point retirer son fondement logique et naturel à la maxime, que de lui prêter en même temps l'origine historique que Gans lui attribue? Un mot de développement sur ce point, afin de bien éclaircir ma pensée; car je ne sais si je me trompe, mais il ne s'agit point ici, ce me semble, d'une question de mince intérêt. Les principes les plus féconds et les plus sûrs de la distribution des biens, au sein d'une société, me paraissent, au contraire, en jeu à propos de cette question d'origine de la maxime romaine qui nous occupe.

[1] Page 56.

Digitized by Google

C'est, à l'heure qu'il est, un véritable axiome économique, que la propriété doit être essentiellement individuelle; car, à cette condition seulement, le désir de l'obtenir et de la conserver constitue le mobile le plus puissant de l'activité humaine. Sans elle, c'est incontestable, la production s'endort et l'individu est bien près de succomber, inerte et sans ressort, sous toutes les tyrannies et de supporter tous les esclavages. Elle seule sauvegarde la dignité personnelle et assure une création raisonnable et suffisante de richesses. — Mais si la propriété doit être individuelle, elle doit être essentiellement transmissible, même après la mort de l'individu. En effet, parce que la mort brise une existence; ce fait doit-il anéantir tous les rapports que le défunt avait organisés avec ses semblables par les manifestations de sa volonté? Comment! tous les contrats seraient anéantis, les dettes éteintes, les créances perdues, les actes de possession annulés, toutes les opérations non encore complétement réalisées— et qui peut se flatter de tout finir et de tout régler avant sa mort? — seraient arrêtées! Tout ce qui a été la manifestation extérieure d'une activité humaine serait effacé et s'écroulerait à chaque mort, dispersé comme une poignée de sable mouvant! — Quel désordre! Et qui voudrait alors traiter avec son semblable et mettre sa main dans la sienne pour réaliser le plus simple des marchés?

Il faut donc que le législateur intervienne et proclame, peut-être en vertu d'une fiction, mais d'une fiction aussi puissante que nécessaire, et tirant précisément sa force de sa nécessité sociale, que les individus seront continués après leur mort par d'autres individus qui devront souffrir ou profiter des actes accomplis par leurs auteurs. Parce qu'ils seront des dépositaires forcés? — Non; — mais les acquéreurs libres des biens laissés par le mourant. — Acquéreurs libres! Oui, point d'hérédité forcée, ce serait une injustice criante. La fonction de propriétaire, même riche et indépendant, ne peut pas être plus imposée qu'une autre; que dire donc de celle de débiteur?

Mais la liberté de répudier la succession étant établie, — elle est de droit naturel; — le législateur ne doit point reculer devant l'obligation, à imposer, de payer les dettes *ultra vires hereditarias*. — Il ne suffit point qu'il y ait un successeur aux

Digitized by Google

biens, il faut un successeur à la personne. La propriété individuelle entre les mains du défunt était le reflet de sa personnalité; elle conserve le même caractère entre les mains du successeur. De son vivant, l'auteur de la succession était tenu *naturellement* sur tous ses biens présents et à venir; il ne pouvait pas forcer ses créanciers à lui donner quittance, même en leur abandonnant toutes ses valeurs à un moment donné. La mort ne peut point changer et bouleverser cette situation logique, naturelle. Si le débiteur meurt, est-ce la faute de ses créanciers? Et pourquoi souffriraient-ils de cette mort, toujours bien entendu, au cas où la succession du défunt a été volontairement acceptée par son représentant?

Maintenant il faut trouver ce représentant; quel sera-t-il, et quel sera le mode destiné à le choisir? — Heureusement, il n'y a qu'une alternative à prévoir, et les deux termes en sont bien faciles à trouver.

Deux modes de distribution de biens sont seuls possibles, soit entre vifs, soit après la mort : le mode par voie de liberté qui comprend tous les échanges, tous les contrats, toutes les façons de tester, et le mode par voie d'autorité qui donne les biens de l'individu, soit à la tribu, soit à l'État, soit à une communauté quelconque d'habitants groupés dans le même territoire ou sous les mêmes lois, ou enfin à la famille, en comprenant dans cette dénomination, ou les enfants seulement, ou les parents beaucoup plus éloignés. — Entre les deux, le choix n'est pas douteux. La raison et l'histoire nous éclairent pour nous déterminer.

L'homme, né libre, doit demeurer libre de disposer de ses biens, même après sa mort. — C'est encore là un aiguillon puissant pour son activité. — D'ailleurs toutes les autres distributions faites par voie d'autorité n'ont-elles point grande chance d'être fort arbitraires? Quant à l'histoire, elle nous montre toujours la civilisation et le progrès faisant perdre, de plus en plus, du terrain au mode de distribution par voie d'autorité, et le faisant gagner au contraire au mode de distribution par la voie de la liberté. Sans remonter jusqu'à la tribu dont le chef, représentant l'autorité de la loi, a vu toujours restreindre son pouvoir, en fait de distribution des richesses de son groupe; et en nous arrêtant à Rome, n'est-il pas certain que, tout à fait dans le principe, la propriété individuelle n'exis-

Digitized by Google

tait point, que sa transmission libre n'était pas permise, parce que le patrimoine commun était affecté avant tout, comme chez les Indous également, à l'entretien des *sacra familiæ?* Et la loi des XII Tables, opérant un progrès, n'a-t-elle point complétement brisé avec ce passé, en établissant fermement la toute-puissance du testament du *paterfamilias*, et en substituant ainsi la distribution par voie de liberté à celle par voie d'autorité qui avait fait la famille propriétaire[1] ?

Il est vrai que plus tard la réaction se fit, dans une certaine mesure, en faveur de la distribution par la voie de l'autorité et de la loi, et que la liberté du propriétaire fut un peu restreinte par l'obligation d'exhéréder les héritiers siens et par l'institution de la *querela inofficiosi testamenti;* mais le principe de la liberté était toujours maintenu, et au fond, quand il y avait un testament, le véritable héritier était assurément l'héritier testamentaire.

Eh bien! est-ce que maintenant la maxime romaine n'emprunte pas une double clarté, et à la lueur des principes et au flambeau de l'histoire? Évidemment, les deux modes de distribution de l'héritage par la voie de la liberté et celle de l'autorité sont absolument incompatibles. Il faut choisir. Ou la volonté du propriétaire, ou celle de l'autorité de la loi, réglant tout pour le cas où la volonté individuelle sera demeurée *muette*. Quand l'une aura parlé, l'autre devra se taire; point de mélange. La personnalité du défunt ne peut pas être scindée en deux; elle ne peut être supportée séparément par deux successeurs: l'un choisi par le propriétaire, l'autre choisi et imposé par la loi. Il y a lutte, il y a incompatibilité entre le droit de l'individu et le droit de la famille soutenu par l'autorité de la loi. Point de mélange : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus*. — Gans avait raison : la maxime est née d'une lutte entre le droit de l'individu et le droit de la famille; mais cette lutte a un fondement rationnel, philosophique et économique.

Est-ce à dire cependant que tous les biens, sans exception, doivent aller à l'héritier de la liberté (*institué*), ou à celui de

[1] Ce fait a été parfaitement mis en lumière dans la discussion à laquelle a donné lieu, au sein de l'Académie de législation de Toulouse, la communication de M. Massol. V. *Recueil de l'Académie*, vol. 15, p. 506.

Digitized by Google

la loi, (*ab intestat*), sans qu'il y ait aucune dévolution permise en faveur d'un autre que l'héritier reconnu? Non, le droit romain, malgré sa logique quelquefois à outrance, n'est pas allé jusque-là; mais il n'y aura jamais qu'un héritier ou plusieurs (cela importe peu) du *même ordre*, de la *même origine* (testamentaires ou *ab intestat*). Les autres personnes, gratifiées de quelques biens, peut-être même d'une portion considérable du patrimoine, ne seront que des successeurs aux biens; *non sustinebunt vicem defuncti.* A un seul héritier, ou à plusieurs, mais tous du même ordre, le droit d'intenter les actions appartenant au défunt, *quæ vindictam spirant*, et surtout l'action *d'injures;* le droit aux *jura sepulchrorum*, si l'on est héritier testamentaire[1]; et enfin l'obligation de payer toutes les dettes *ultra vires hereditarias;* parce que, comme le dit si bien M. Massol, l'acquisition de l'hérédité n'est pas tant une acquisition de biens que l'acquisition d'une qualité. Ceux qui, au contraire, ne reçoivent que des biens, mais non point la communication d'une qualité, quand ils ont touché leurs va leurs, ils n'ont plus rien à demander.

Mais comment reconnaître le véritable héritier? Quand il n'y a point de testament, d'aucune sorte, ou bien quand le testament dit ouvertement qu'il donne tout le patrimoine à un héritier; certes il n'y a aucune difficulté. Elle ne se produit que quand le testament concède une fraction déterminée du patrimoine et ne dispose point du reste; alors que faire? Deux partis se présentaient, dit M. Massol[2] : annuler l'institution, comme atteinte d'un vice radical, ou bien la valider, en retranchant ce qui était défectueux, et donner conséquemment toute la succession à celui qui cependant n'avait été institué que pour un quart ou une moitié? *Si unum tantum quis ex semisse verbi gratia, heredem scripserit, totus as in semisse erit*[3].

Mais, qu'on me permette de le faire observer, combien le second parti, malgré son apparente contradiction avec la volonté du testateur, est bien plus conforme à la logique de l'histoire! Et comme il était naturel de l'adopter! Le testa-

[1] L. 42, § 1, Dig. 36, 1, *ad Senatus-consultum Trebellianum.*
[2] Page 10.
[3] Inst. Just., lib. II, tit. 14, § 5 *in medio.*

Digitized by Google

ment vient d'être conquis; la propriété individuelle est tout récemment émancipée; ah! dans le doute, l'on ne songera point à perdre ce bienfait et à déférer la succession aux héritiers de la loi, de l'autorité, aux héritiers *ab intestat*. Et c'est cependant ce qu'il aurait fallu faire, si l'institution testamentaire était tombée comme inutile, à cause de la mention de fraction de patrimoine qu'elle contenait?

En droit français, sans doute, le résultat sera tout à fait opposé, et dans le cas d'un simple légataire à titre universel institué par testament, l'hérédité sera déférée *ab intestat*; mais c'est là une conséquence forcée des principes du droit coutumier, et qui ne compromet en rien l'application de la maxime. Il n'y aura pas pour cela deux héritiers d'ordre différent en concours [1]. En droit romain, l'héritier testamentaire l'emportera; chez nous, ce sera l'héritier *ab intestat;* mais les principes sont saufs.

Ceci est encore assez simple; mais voici qui l'est moins. Supposons que le testateur romain, en instituant deux héritiers, interdise le droit d'accroissement, pour le cas où l'un d'eux ne pourrait ou ne voudrait venir à la succession. Faudra-t-il retrancher cette restriction et faire le successeur restant, héritier pour le tout, en lui donnant tous les biens; ou bien, faudra-t-il le considérer, quand il aura fait adition, toujours sans doute, comme le véritable héritier, mais grevé d'un fidéicommis, pour la part ne lui advenant point, en faveur des successeurs *ab intestat?* — M. Massol qui aborde en face toutes les difficultés — et ce n'est pas là le moindre mérite de son œuvre — se range à la solution de Cujas et de Vinnius, et conclut à la consécration implicite et à l'exécution du fidéicommis [2]. « Pour reconnaître le fidéi-« commis, dit-il, l'on n'a qu'à considérer la volonté du dis-« posant : la mention de la charge de rendre n'est pas re-« quise, et il n'est pas nécessaire que le fidéicommissaire « soit dénommé : il suffit qu'il résulte de la clause que le dis-« posant l'avait présent à son esprit. Or, celui qui institue « deux héritiers, et qui interdit le droit d'accroissement, n'a-« t-il pas en vue nécessairement les héritiers *ab intestat* qui

[1] Massol, p. 59.
[2] *Id.*, p. 10,

Digitized by Google

« recueilleront la part défaillante? » Puis il note comme pouvant appuyer son argumentation : 1° le § 3. Inst. Just., lib. 2, tit. 17, *quibus modis testamenta infirmantur.*

2° La loi 17, pr. Dig. *ad Senatus-consultum Trebellianum*, lib. 31, tit. 1.

3° Enfin la loi 69, pr. Dig. *de legatis*, II.

Il me semble, pour ma part, que cette question est fort discutable, surtout quand je vois M. Massol, étudiant la même question en droit français[1], transformer le légataire universel restant en légataire à titre universel puis donner la qualité d'héritier au successeur *ab intestat* le plus proche, et cela, uniquement par cette raison que les fidéicommis *tacites* ne sont point admis en droit français. Mais est-ce que la volonté du testateur ne doit pas être considérée et appréciée avant tout? C'est mon savant maître qui le dit lui-même à la page 63, et l'art. 1002 du Code Napoléon ne corrobore-t-il point cette doctrine en proclamant qu'il ne faut pas s'attacher servilement aux termes employés dans le testament pour constituer une dévolution de biens?

Or, si la volonté du testateur romain paraît à M. Massol être sagement interprétée, en faisant de l'héritier, venant à la succession, un fiduciaire devant livrer la part défaillante aux héritiers *ab intestat;* pourquoi la volonté du testateur français doit-elle être interprétée d'une façon à peu près diamétralement opposée?

Passons cependant là-dessus, car le véritable point, avant de nier ou d'affirmer l'existence du fidéicommis tacite en droit français, est de savoir si, dans l'espèce prévue en droit romain, l'héritier auquel on a défendu l'accroissement de part, est vraiment chargé d'un fidéicommis implicite, en faveur des héritiers *ab intestat* auxquels le testateur est censé avoir songé, en écrivant son testament; ou bien, s'il ne serait pas plus logique en droit romain,— bien entendu,— de refuser tout effet à cette clause, et de retrancher cette restriction au droit d'accroissement. — J'avoue que cette dernière opinion me paraît préférable.

D'abord elle est tout à fait conforme à la règle posée au § 5 *de heredibus instituendis*, celui-là même où se trouve formulée

Page 55.

Digitized by Google

la maxime : *nemo pro parte...* — Qu'y lit-on en effet? Que quand un héritier est institué *ex semisse*, pour la moitié de la succession, la fraction s'évanouit et que l'*as* sera compris en entier dans cette institution d'héritier. Et cependant, n'aurait-on pas pu soutenir que le testateur, qui ne disposait que de la moitié de la succession, tout en voulant que le successeur testamentaire fût son véritable héritier, avait songé implicitement à ses successeurs *ab intestat*, et avait eu l'intention de grever son héritier d'un fidéicommis, en leur faveur, jusqu'à concurrence de la moitié de ses biens? La loi cependant ne l'a pas voulu ainsi ; elle a mieux aimé supprimer la restriction posée par le testateur, et elle le fait juste au moment où elle précise la règle générale et la formule de l'indivisibilité dans la qualité d'héritier. Si l'on ne m'oppose point des textes particuliers venant contrarier cette théorie; ne suis-je point en droit de la généraliser?

Mais, objecte Cujas[1], *nihil refert ad quem scribantur fideicommissa, satis est intelligere quid voluerit, qui codicillos fecit. Fideicommissum consistit et valet, etiamsi quis non alloquatur eum, a quo præstari vult, fideicommissum, sed cum eo qui præstari vult, imo etsi cum neutro loquatur.* Oui, sans doute; mais faut-il au moins que l'on *comprenne* que le testateur a eu l'intention de grever son héritier d'un fidéicommis en faveur de telle personne; or, dans l'espèce actuelle, où en est la preuve? Le testateur a institué deux héritiers, et il leur interdit le droit d'accroissement. Sans doute il est certain qu'il prévoit une défaillance de part; mais il ne fait pas pressentir invinciblement qu'il veut faire tomber cette part entre les mains de sa famille. Et puis, d'ailleurs, peut-il bien espérer de voir se produire cette dévolution sous l'empire d'une législation qui supprime, comme non avenue, l'indication de la fraction qui accompagne l'institution d'héritier?

Il est vrai que la loi 17 *ad Senatus-consultum Trebellianum* admet le fidéicommis tacite. C'est évident; mais dans quelle hypothèse et dans quel but? Il s'agit d'un testament dans lequel le testateur prie son héritier par fidéicommis de constituer une autre personne héritière; et, au témoignage d'Ulpien,

[1] Lib. 19, *Quest. Pap. ad legem* 69, *de leg.*, II, col. 471, édit. de Lyon, 1614.

Digitized by Google

le Sénat a décidé que cette seconde institution d'héritier, par ricochet et par intermédiaire, ne pouvait avoir lieu; mais qu'il fallait interpréter la prière faite par le testateur en ce sens que le premier héritier devait restituer à la personne désignée par le testateur, comme second héritier, tout ce qu'il aurait recueilli dans la succession. Il n'y a donc aucun rapprochement à faire entre les deux hypothèses. Là, le fidéicommissaire était certes parfaitement désigné, et il n'était pas besoin, pour le découvrir, d'une grande science divinatoire. Ici, au contraire, il faut faire un peu plus que presser les termes du testament pour y trouver implicitement gratifiés les héritiers *ab intestat*. Puis, dans quel but une pareille solution? N'est-ce pas pour sauver un testament et lui trouver une application raisonnable et sérieuse? Mais ici, il est bien facile de le maintenir. Il y a un héritier institué sérieusement, très-explicitement; dans aucune opinion, on ne lui conteste son titre.

Enfin, on objecte encore le § 3 des Institutes, *quibus modis testamenta infirmantur*, et la loi 69 *de leg.*, II. Le premier de ces fragments, comme tout le monde le sait, rapporte un rescrit de *Sévère* et d'*Antonin* qui, étant donnés deux testaments émanés du même auteur, et le second instituant un héritier pour certains objets seulement, voit dans le second testament et la limitation qu'il contient, un fidéicommis, en faveur du premier héritier, pour tout ce qui dépasse les objets désignés. — Le second suppose que plusieurs héritiers ont été institués, et que l'un d'eux doit se contenter, pour sa part, d'après la disposition formelle du testament de cent *aurei*, et décide que cette limitation de la part de l'un fait supposer que ce cohéritier est chargé d'un fidéicommis, en faveur de son cohéritier, dans la mesure de ce qui dépasse ses cent *aurei*.

Mais il ne faut pas oublier de remarquer, — ceci est capital, — que les héritiers, en faveur desquels le fidéicommis est supposé, sont du même ordre que celui qui est chargé de ce fidéicommis; que dans la seconde hypothèse même, ils sont rapprochés par le testament, et que, sans grand effort d'imagination, il est permis de supposer que le testateur a songé, en limitant le droit des uns, à enrichir ceux auxquels sa générosité avait déja pensé. Quand, au contraire, des héritiers ne sont plus du même ordre, quand ils sont séparés par cette incompatibilité rationnelle et économique qui existe

Digitized by Google

entre la continuation de la personne par la voie de liberté et celle organisée par voie d'autorité, n'est-il pas vraiment téméraire de supprimer cette barrière et d'associer, à l'aide de certains liens assez étroits de rapports juridiques, des personnes que rien ne semblait, au premier abord, devoir rapprocher?

D'ailleurs le grand Papinien lui-même me paraît être de cet avis, et l'opinion que je défends me semble ressortir de la continuation de cette même loi 69 dont on argumente contre elle; que l'on en juge. *Item dicimus*, dit ce jurisconsulte, c'est-à-dire il faut constater l'existence d'un fidéicommis, *si cum ex asse scripsisset heredem, ejus gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur : peto pro hereditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.* Ici le fiduciaire et le fidéicommissaire sont d'ordre différent sans doute : l'un testamentaire, l'autre *ab intestat*, mais Papinien ne conclut à l'existence incontestable du fidéicommis qu'en vue de la formule d'institution d'héritier, qui indiquait, qui nommait le fidéicommissaire gratifié, le frère, dans l'espèce. Y aurait-il conclu si cette indication avait été absente? Il est bien permis d'en douter.

Et maintenant que faut-il penser de la solution donnée par M. Massol à la même question en droit français? On s'en souvient, il réduit le légataire universel, auquel l'accroissement est défendu, au rôle de légataire à titre universel, et donne, à la fois, la part défaillante et la qualité d'héritier au successeur *ab intestat* habile à succéder, pour cette seule raison, que le fidéicommis tacite n'étant pas admis en droit français, la solution qu'il a donnée en droit romain devient impossible. Il est évident qu'après la discussion à laquelle je viens de me livrer, ce motif m'est tout à fait indifférent, puisque je ne crois point, dans l'espèce, au fidéicommis en droit romain; mais la doctrine de M. Massol en droit français, me paraît de tout point, parfaitement inattaquable, quoique par d'autres motifs. — C'est que, d'abord, en droit français, l'héritier institué pour moitié ne peut jamais devenir héritier pour le tout, comme en droit romain. Ensuite, c'est que, la saisine est là, venant forcément investir le successeur *ab intestat* le plus proche, quand le testateur a bien manifestement montré l'intention de ne point donner la *vocatio in universum jus* à

Digitized by Google

l'héritier de son choix. Or, cela ne paraît-il point certain, quand il défend l'accroissement de part au légataire universel qu'il a institué en concours avec d'autres?

Voilà *quelques-unes* des difficultés que soulève M. Massol à propos du fondement rationnel de la maxime romaine, j'en néglige un grand nombre. Aussi personne ne s'étonnera d'apprendre qu'après une étude aussi approfondie de ce côté de la question, l'honorable professeur de Toulouse pose, comme une espèce d'axiome, que l'on ne peut pas plus mourir *partie testat* et *partie intestat*, quant au temps, que quant à son patrimoine, et que la formule *semel heres, semper heres* n'en forme au fond qu'une seule avec la première. Mais l'on pourra peut-être remarquer avec une certaine surprise que des prémisses aussi fermement dessinées aboutissent, sous la plume de M. Massol, à la solution que voici, en droit français : « si « un prétendu héritier, dit-il, n'a été désigné que jusques à « un certain temps, il ne représentera point la personne : il « sera un simple légataire de la jouissance des biens jusques « à l'époque fixée. »

J'avoue que, pour ma part, je ne sais pas voir la raison de décider, en droit français, autrement qu'en droit romain, où le *dies adjectus* aurait été retranché et l'institution d'héritier considérée comme pure et simple. Ici, l'influence de la théorie de la saisine est indifférente, au rebours de ce qui se produirait dans le cas d'un *dies à quo* ajouté à l'institution, et je me demande comment c'est vraiment *interpréter la volonté du testateur* que de faire un légataire d'usufruit, là, où le testateur avait inscrit un legs de propriété. Car c'est le seul motif que donne M. Massol de sa solution « les Romains retranchaient le terme, dit-il; mais il nous semble que notre législation doit être moins radicale ; *elle s'attache surtout à la volonté du testateur*. Qu'il me suffise d'avoir indiqué mes doutes sur ce point. J'ai hâte d'arriver à un autre point de l'intéressante dissertation de M. Massol. Cependant je ne veux pas le faire sans avoir tout particulièrement recommandé la lecture de la partie de son travail dans laquelle il réfute, avec la plus grande habileté, les objections que les lois romaines fournissent, elles-mêmes, contre la maxime, en restreignant ou paraissant restreindre son application dans un grand nombre d'hypothèses. Peut-être y trouvera-t-on, quelquefois, comme une espèce de

Digitized by Google

plaidoirie à outrance en faveur de la formule romaine, car on y voit qu'au fond le militaire, lui-même, qui peut cependant incontestablement mourir *testat et intestat*, est cependant obligé, dit notre auteur, dans certains cas de sacrifier aux vrais principes de l'indivisibilité de la qualité d'héritier; mais il est impossible de ne pas être frappé de la sagacité pénétrante avec laquelle sont expliqués tous les textes qui semblent contrarier l'application de la formule. — Soit qu'il s'agisse de la loi 15 *de inofficioso testamento*, dont rend compte suffisamment l'autorité de la chose jugée, qu'il faut respecter, même quand elle divise la représentation du défunt; soit qu'il s'agisse de la loi 19 au même titre qui se justifie par des arrangements particuliers entre héritiers; soit qu'il faille concilier les effets de la réclamation de la quarte Antonine ou ceux de la possession de biens *contra tabulas* — dans le cas où elle ne rescinde pas le testament en totalité — avec le respect toujours dû à la maxime; ni les ressources d'une dialectique solide, ni les finesses d'un esprit ingénieux ne font défaut à M. Massol, et la lecture de ces pages est toujours à la fois attachante et fort instructive. Mais il est temps de voir quel est le secours que la théorie de la saisine est venue apporter à la vieille formule du droit romain.

II.

A la première impression, il faut l'avouer, l'on ne se sent guère disposé à croire que la formule : *le mort saisit le vif* soit venue naturellement s'associer à la maxime *nemo pro parte testatus et pro parte....*

D'abord, elles sont nées dans des pays différents; ensuite, le précepte romain n'a pu évidemment se produire que quand la législation de ce peuple a eu divorcé avec l'ancien principe de la copropriété de famille, tandis que l'autre semble bien *à priori* être précisément le reflet de ce *condominium* dans la famille germanique. Puis, l'une de ces règles faisait partie d'une législation qni avait pour le testament le plus profond respect et qui s'inclinait devant le continuateur que le testateur avait créé d'un trait de plume, tandis que l'autre vivait côte à côte avec cet autre axiome législatif que *Dieu seul fait les héritiers, les continuateurs de la personne;* — enfin, la législation cou-

Digitized by Google

tumière établissait, dans les successions, une attribution de propres séparée à chacune des lignes dont ils provenaient. N'y a-t-il donc pas un abîme véritable entre le droit romain et le droit coutumier, au point de vue de l'organisation de la représentation de l'auteur d'une succession, et le principe de l'indivisibilité de cette représentation n'est-il pas bien compromis au milieu de toutes ces règles nouvelles ?

M. Massol a parfaitement prévu toutes ces objections, et il a répondu à toutes.

D'abord la saisine avait été acceptée par les pays de droit écrit, Pothier en fait foi effectivement[1]. « Cette règle, *le mort* » *saisit le vif*, dit-il, a lieu dans toutes les provinces du » royaume : et quoiqu'elle soit diamétralement opposée aux » principes du droit romain, elle ne laisse pas d'être suivie » dans les provinces du royaume, régies par le droit romain. » Alors les rôles étaient renversés, comme le remarque avec beaucoup de justesse M. Massol ; et au lieu d'être une sauvegarde pour la famille, la saisine le devint pour l'héritier institué[2].

Mais au fond, il n'y avait toujours qu'une seule sorte d'héritiers : ou l'héritier *ab intestat* ou l'héritier testamentaire ; seulement ils étaient saisis, l'un et l'autre, immédiatement de la succession. La maxime romaine était donc toujours suivie, dans les pays de droit écrit, pendant que la force des choses l'introduisait dans les pays de coutume. Et quand Furgole écrit (traité des testaments, t. 3, p. 66, édition de 1647), que la règle *nemo pro parte testatus*, était inobservée dans ces pays, il se trompe, et l'exemple qu'il donne à l'appui de son assertion ne prouve rien. Il suppose, en effet, qu'un légataire a été désigné pour une quote-part, et qu'une quote demeurant vacante revient à l'héritier légitime. Ce résultat, continue à dire M. Massol, ne fournit aucune induction contre cette règle[3]. Cela n'exclut que la simultanéité d'un héritier légitime et d'un héritier institué, et non le concours d'un héritier et d'un légataire qui n'est que successeur aux biens.

Quant à l'objection, en apparence plus sérieuse, tirée de la division des propres entre les lignes d'où ils proviennent, elle

[1] Vol. 8, édit. Bugnet, p. 111, ch. 3, *Traité des successions*.
[2] Page 38.
[3] Page 39.

Digitized by Google

se résout facilement, soit qu'il y ait des héritiers dans les deux lignes, soit surtout qu'il n'y en ait que dans une ligne. — En effet, il faut toujours bien se souvenir que le titre d'héritier *testamentaire* ou *ab intestat* implique la vocation pour le tout, mais nullement que l'héritier doit pouvoir prendre tous les biens. Or, la vocation au tout se trouvait en la personne de celui qui recueillait les propres de l'une des deux lignes ; car, à défaut des parents d'une ligne, l'héritier de l'autre devait obtenir la totalité des biens réservés à l'autre, et il ne lui aurait pas été loisible de se restreindre aux propres de sa ligne en rejetant les autres. — Ferrière, dans sa coutume de Paris (t. 4, col. 697), pose cette règle sans la moindre hésitation. — Et quand il y a des réservataires dans les deux lignes, prenant les *quatre quints* des propres, suivant les règles les plus habituelles, et laissant aux personnes désignées par testament le reste des biens, il ne faut pas se préoccuper de cette subdivision de la succession, et croire qu'elle compromet la règle. Les parents réservataires sont seuls héritiers, et les successeurs, en vertu d'un testament, ne sont vraiment que des légataires.

Toutes ces considérations me paraissent parfaitement juridiques, et je crois que l'on peut admettre, sans faire violence à l'histoire et aux principes du droit, que les deux règles, celle du droit romain et celle du droit coutumier, ont pu vivre fraternellement côte à côte.

Mais toute la thèse de M. Massol n'est pas là, tant s'en faut; et il importe de voir maintenant dans quelle mesure l'admission de la saisine est venue corroborer la règle latine. — A deux points de vue, affirme-t-il, elle a appuyé l'indivisibilité de la qualité d'héritier.

1° *Au point de vue des biens ;* car, étant donnés plusieurs héritiers, chacun pouvait, avant l'acceptation des autres, interrompre la prescription pour le tout et attaquer le testament sans avoir à craindre d'être repoussé sous prétexte, qu'en définitive, il pouvait n'avoir qu'une fraction de l'hérédité. Tant le droit que la saisine conférait à chacun des héritiers constituait un droit *indivisible* et général !

2° *Au point de vue du temps,* car tandis qu'en droit romain, l'hérédité représentait le défunt, afin de combler la lacune se produisant forcément dans la substitution de la personne de l'héritier à celle du défunt, la saisine ne laissait au contraire

Digitized by Google

aucun intervalle, puisqu'elle faisait intervenir le *vif* immédiatement, au dernier soupir *du mort*.

Ici, je l'avoue, la doctrine de mon savant maître me jette dans quelques préoccupations. Pour mon compte, j'admets bien sa solution, mais je crains qu'elle ne soit pas suffisamment défendue par lui.

Est-ce qu'avant l'admission de la saisine, en droit romain, par exemple, un cohéritier n'aurait pas pu faire tout seul ce que M. Massol dit qu'il ne peut faire qu'en vertu de la saisine? Rationnellement, n'est-il pas tout naturel d'admettre que chaque cohéritier a la *vocatio in solidum*, puisqu'il s'agit de représenter une personne, avec son indivisibilité? Logiquement, ne faudrait-il pas regarder chaque cohéritier comme tenu *in solidum* de toutes les dettes, pour éviter que la mort de l'auteur ne change quoi que ce soit à la situation de ses créanciers, et, réciproquement aussi, faire de chacun d'eux un créancier pour toutes les sommes dues au défunt? Et si la loi des XII tables et les législations postérieures ont admis la division des dettes et des créances entre les héritiers, n'est-ce pas, tout simplement, pour éviter les circuits d'actions et comme tempérament pratique à la logique des principes? *Partes concursu fiunt;* voilà tout. C'est un état de fait; mais le droit de chacun des héritiers porte sur le patrimoine tout entier. Qu'est-ce que la saisine lui a ajouté en réalité?

A-t-elle au moins ajouté à l'indivisibilité de la qualité d'héritier, quant au temps, si naturellement corrélative de l'indivisibilité quant aux biens? Oui, sans doute, si la maxime : *le mort saisit le vif* doit être prise en ce sens, qu'une succession est acquise à l'héritier que la loi y appelle, *dès l'instant même* qu'elle lui est déférée, et avant qu'il en ait encore la moindre connaissance; et si par conséquent la maxime résout une question de transmission de propriété. Alors en effet, il sera entendu que le patrimoine du défunt demeurait, pour ainsi dire, en l'air, pendant quelque temps, avant l'introduction de la maxime du droit coutumier, et qu'elle est venue empêcher cette suspension de durée et de vie du patrimoine de l'auteur. Mais tout le monde n'est pas d'accord sur ce point, et il est plus d'un jurisconsulte qui pense que cette règle n'a en vue que l'acquisition légale de la *possession*, sans *l'appréhension ou l'occupation du corps héréditaire, la vie et la durée du patri-*

Digitized by Google

moine ayant dû toujours forcément tenir. D'abord, M. Bugnet, dans ses observations sur Pothier, auquel j'emprunte la dernière phrase que je viens de tracer [1], puis Pothier lui-même dont M. Bugnet approuve pleinement l'idée et qui s'exprime ainsi : « Le sens de cette règle est : le *mort*, c'est-à-dire celui « de la succession de laquelle il s'agit, dès l'instant de sa mort « naturelle ou civile, qui est le dernier moment de sa vie, « *saisit*, c'est-à-dire est censé mettre *en possession* de tous ses « droits et biens, *le vif, son hoir le plus proche*, c'est-à-dire « celui qui lui survit, et qui, comme son plus proche parent, « est appelé à être son héritier. » Cependant il faut reconnaître que comme Pothier donne les deux explications dans la même page : celle qui a trait à la transmission *immédiate* de la *propriété* de la succession, comme celle qui se rattache à la transmission *immédiate* et implicite de la *possession*, l'autorité de sa citation diminue dans la discussion actuelle; mais pour cette autorité qui manque, combien d'autres qui sont offertes !

C'est le grand *coutumier de France* (édition de Charondas) qui s'exprime ainsi (liv. II, p. 138,139, chap. 21) : « En titre de succession, le hoir se peut dire incontinent, *après la mort de son prédécesseur, en possession et saisine des biens du trépassé dont il se dit hoir; quia saisina defuncti descendit in vivum.* » *Saisina*, c'est bien la possession et non point la propriété.

Charondas traduit de la même façon : *le mort saisit le vif*, c'est-à-dire le *rend et le fait possesseur* (eod. loc. p. 159). Paul de Castres disait de même :... *hæres succedit in possessionem defuncti, quæ transfertur in eum sicut et dominium.* Enfin Tiraqueau, dans son traité de notre règle *le mort saisit le vif*, n'est pas moins explicite : *mortuus facit possessorem vivum sine ullâ apprehensione...., sans ministère de fait*, comme disait la coutume de Normandie (art. 235). N'oublions pas d'ailleurs de constater que M. Demolombe qui rappelle toutes ces citations, approuve la doctrine qu'elles contiennent (*Traité des successions*, t. 1er, n° 126).

Mais pour n'être que juste, il faut avouer aussi que M. Demolombe rapproche ces citations de l'opinion de Laurière, qui donnait comme origine à la maxime coutumière, le désir des légistes de soustraire les successeurs aux exigences des

[1] *Œuvres de Pothier*, t. 8, p. 111.

Digitized by Google

seigneurs voulant se faire payer un droit d'investiture, de mise en possession, à chaque mutation par décès. « Comme « ce droit de relief ou de saisine était odieux, dit Laurière, « on introduisit que toute personne décédée serait réputée « avoir remis, en mourant, la possession de ses biens entre « les mains de son plus proche parent habile à succéder, et « non entre les mains d'aucune autre personne...; d'où est « venue notre règle : *le mort saisit le vif....* »

Il n'en demeure pas moins constant que ceux-là même qui trouvent l'origine de la maxime dans une protestation contre la féodalité, et non point dans le *condominium* de la famille germanique, ne voient dans la saisine et ne peuvent voir en elle qu'une transmission immédiate de possession; mais comme M. Massol pense — il le dit, en note, à la p. 38 de son travail — que la maxime est purement d'origine germanique, et a été empruntée à la constitution de la famille dans ces contrées, il est tout naturellement conduit à admettre qu'elle consacrait une transmission de propriété. Et cela posé, il devait logiquement en conclure qu'elle était venue apporter un appui nouveau à l'indivisibilité, quant au temps, de la qualité d'héritier.

Tout son système se tient. J'ai voulu seulement montrer qu'il ne serait pas probablement adopté par tous ceux qui pensent, comme le pensait M. Jaubert au Tribunat que : *autre chose est la propriété, autre chose est la saisine* [1], que cette idée, soutenue par les citations précédentes, méritait peut-être une discussion en règle.

Mais il est temps, enfin, de faire connaissance avec la partie de l'œuvre de M. Massol, dans laquelle il pose nettement sa croyance au maintien implicite, par notre législation, de la règle du droit romain.

III.

Ce serait, à coup sûr, argumenter injustement contre M. Massol, ou, tout au moins, fausser complétement sa thèse, pour se donner le plaisir trop facile de la combattre, que de lui demander où est le texte du Code Napoléon qui rappelle, même de loin, la formule que le droit romain employait pour

[1] Locré, t. XI, p. 490.

Digitized by Google

qualifier l'indivisibilité de la qualité d'héritier. — Car il reconnaît formellement que notre législation a observé la règle romaine sans l'annoncer, *peut-être même sans s'en douter*, et que par là, elle lui a rendu un hommage qui a d'autant plus d'importance qu'il était plus nécessaire[1].

Mais si le texte manque, scrutons alors le fond du droit moderne des successions, et voyons si son esprit s'associe en effet complétement aux anciens principes.

Les données du problème sont évidemment celles-ci : — Préciser soigneusement les caractères et les conséquences de la qualité de véritable héritier, telles que notre droit a dû les consacrer, soit en vertu de la logique des principes, soit en vertu de la logique des traditions historiques; puis montrer que jamais on ne les rencontre attachées en même temps, pour la même succession, à deux natures d'héritiers différentes : des héritiers *ab intestat*, et des héritiers testamentaires.

Eh bien! que doit être et qu'est en réalité le véritable héritier du droit français? Il doit être et il est :

1° Saisi de la succession. C'est forcé : le continuateur de la personne avait la saisine dans les pays de coutume comme dans les pays de droit écrit; le Code Napoléon n'a pas eu à s'embarrasser du choix à faire entre les deux législations, comme cela lui est souvent arrivé; il a évidemment consacré une institution et un ordre de choses qui étaient bons de l'avis de tout le monde[2];

2° *Tenu ultra vires hereditarias*;— on ne continue vraiment le défunt qu'à cette condition[3];

3° *Institué à toujours : Semel heres, semper heres.* C'est un principe de raison, et c'est en même temps, dans une certaine mesure, une conséquence de la saisine. D'ailleurs, tous les commentateurs du Code Napoléon, même ceux qui pensent que la maxime *pro parte testatus...* a été abrogée par nos lois, admettent l'indivisibilité, quant au temps, de la continuation de la personne du défunt;

4° Seul investi du droit de demander, pour cause d'ingrati-

[1] Page 79.
[2] Massol, p. 46.
[3] V. ce que j'ai dit plus haut, p. 548.

Digitized by Google

tude, la révocation des donations faites par le défunt (957) ou de venger l'injure faite à sa mémoire (1047).

Or :

1° Jamais les héritiers testamentaires et les héritiers *ab intestat* ne sont saisis en même temps. S'il y a des héritiers testamentaires, ceux *ab intestat* ne sont point saisis (art. 1006), et réciproquement. Sans doute cependant, quand il y a des héritiers à réserve, ceux-ci sont saisis, même quand il y a des successeurs testamentaires; mais alors les successeurs testamentaires ne sont pas saisis, ils ne deviennent même plus que des successeurs aux biens. Le principe de l'indivisibilité de la qualité d'héritier est toujours sauvegardé.

2° Il n'y a jamais également qu'une nature d'héritiers obligés de payer les dettes *ultra vires hereditarias :* ce sont les héritiers saisis (art. 724). Le texte est formel; et il n'y a jamais qu'une sorte d'héritiers saisis.

Les légataires à titre universel et les légataires universels, réduits à la qualité de légataires à titre universel, quand il y a des héritiers à réserve, n'ont jamais à supporter pareille obligation du payement *ultra vires* (art. 724, 1002, 1006, 1220). En vain l'on argumente, avec la Cour de cassation, de l'expression *personnellement* contenue dans l'article 1012 pour leur faire incomber des charges dépassant l'actif de la succession. Ce mot n'est là que pour faire opposition au mot *hypothécairement,* mais nullement pour désigner et caractériser un engagement *ultra vires.* D'ailleurs — ce qui est vraiment décisif — l'article 871 dispose formellement que le légataire à titre universel n'est tenu que jusques à concurrence de son *émolument.*

3° La saisine est évidemment incompatible avec l'introduction d'un *dies a quo* dans une institution d'héritier, et, d'un côté déjà, elle appuie directement le *semel heres, semper heres.* N'est-il pas logiqne d'admettre, qu'au moins indirectement, elle est aussi incompatible avec le *dies ad quem?* — Or il ne peut y avoir, dans notre droit, qu'une seule classe d'héritiers saisis à la fois : il n'y aura donc aussi qu'une seule classe d'héritiers ayant cette qualité indivisible quant au temps.

4° Enfin, les successeurs qui aux termes de l'article 957 peuvent, non-seulement continuer l'action en révocation de donation intentée par leur auteur, mais encore l'intenter quand

Digitized by Google

il est mort dans l'année du délit, sont forcément des héritiers, de véritables continuateurs de la personne. Et cela est facile à démontrer. Dans les pays de coutumes, les héritiers saisis seuls pouvaient continuer l'action intentée par leur auteur; c'était une faveur qui leur était accordée. La faveur, plus grande maintenant, de pouvoir même commencer l'action, dans certaines hypothèses, ne peut évidemment appartenir qu'à des héritiers saisis. Or deux classes d'héritiers ne peuvent pas être saisis à la fois; donc deux classes d'héritiers ne peuvent pas intenter cette action; donc le droit de poursuivre ces révocations de donations est vraiment indivisible. Donc, en résumé, les quatre caractères saillants qui distinguent le véritable continuateur de la personne ne peuvent reposer que sur la tête d'héritiers de la même nature; donc la représentation du défunt, dans notre droit, est indivisible comme elle l'était en droit romain. Donc, en d'autres termes, quand il y a vocation pour le tout par testament, elle est incompatible avec la vocation héréditaire *ab intestat.*

Le syllogisme n'est-il pas en règle? Et comme j'en ai emprunté à peu près tous les éléments à la dissertation de M. Massol, en les groupant seulement de mon mieux, pour faire ressortir la démonstration de la thèse du professeur de droit romain à la faculté de droit de Toulouse, n'est-elle pas acquise à la science juridique comme une vérité qui force l'assentiment de tous?

Cependant, il prévoit lui-même un certain nombre d'objections possibles. — D'abord, c'est celle tirée de la contradiction des jugements rendus, à la requête de l'héritier *ab intestat*, l'un en faveur d'un des deux légataires universels institués, l'autre contre le colégataire. Mais le respect de la chose jugée en rend compte naturellement, en droit romain comme en droit français. Puis, c'est celle de l'article 904 du Code Napoléon qui ne permettant au majeur de seize ans, mais mineur de 21 ans, que de disposer d'une portion de son patrimoine, semble mettre en présence un héritier testamentaire et un héritier *ab intestat;* mais comme il est incontestable que l'héritier institué n'a pas la *vocatio in universum jus*, l'objection disparaît très-vite. — L'article 747 peut également préoccuper; ne fait-il pas un héritier, seulement pour une portion de la succession, quand il donne à l'ascendant donateur un droit

Digitized by Google

successif sur *certains* objets? Enfin, soit le pouvoir du père de famille de ne point disposer de tous ses biens sous la forme du partage entre-vifs (art. 1079), soit celui du gouvernement de restreindre une libéralité universelle attribuée à un établissement public en assurant le reste du patrimoine à la famille du donateur, ne viennent-ils point déranger la formule, ainsi que la théorie qu'elle recouvre? Et comment reconnaître le véritable héritier au milieu de toutes ces divisions de patrimoine?

Je n'insiste point sur toutes ces discussions de détails, menées toujours à bonne fin et avec un rare bonheur par M. Massol, car je ne veux point les déflorer par une analyse qui deviendrait aussi longue que la dissertation elle-même. Mais l'on peut être bien assuré que ce n'est jamais, ni la fermeté de la conviction, ni la puissance des moyens destinés à la faire passer dans l'âme du lecteur, qui manque au professeur de droit romain. Il paraît d'ailleurs avoir gagné complétement son procès sur le terrain des objections qu'il avait dressées lui-même et dont il n'avait pas cependant diminué la portée, puisque, dans la discussion que sa communication a soulevée dans l'académie de législation, aucune d'elles n'a été reproduite [1].

Tel est, à peu près, le fond des idées développées par M. Massol dans son travail.

Est-il essentiel maintenant de constater que le style dont elles sont revêtues et le tour donné à son argumentation se font remarquer par cette sobriété nerveuse et ce calme réfléchi qui doublent la force d'une argumentation vraiment scientifique? — Non, c'est presque superflu. Les jurisconsultes qui, comme M. Massol, vivent dans un commerce assidu avec les exemples, que Rome nous a laissés, de la logique rigoureuse et du bon sens pratique élevé à la hauteur du génie, ne savent pas et ne peuvent pas écrire autrement. — Ils n'ont pas besoin de formules sonores et ambitieuses; chaque mot de leur phrase vaut une raison, chaque phrase vaut toute une exposition de doctrine.

Aussi bien, c'est sous cette forme, et c'est surtout en choisissant de pareils sujets d'étude, délaissés à dessein ou oubliés sans préméditation, que l'on rend de véritables services à la

[1] V. le *Recueil de l'Académie de législation* (année 1866), p. 504 à 510.

Digitized by Google

science juridique. On le disait récemment, dans cette revue même, à propos du dernier ouvrage des *questions controversées* de M. Bertauld ; de pareils travaux font souvent bien plus réfléchir et bien plus travailler que de gros volumes, pour la confection desquels l'on reprend forcément, dans une mesure plus ou moins étendue, les idées de ses devanciers. Et je m'arrête avec une véritable satisfaction sur ce rapprochement que ma mémoire me fournit à propos du travail de M. Massol. A lui seul, ne vaut-il pas mieux que bien des éloges, et n'appelle-t-il pas d'ailleurs tout naturellement sous ma plume cette expression saisissante de relief, et devenue classique, d'œuvre pleine de *moelle*, par laquelle on a souvent caractérisé les œuvres vraiment vivantes et utiles et qui s'adapte si bien à celle de M. Massol ?

Ce sera là le dernier mot de cette étude : il en est le plus vrai. Dieu veuille qu'il aide à m'en faire pardonner la longueur !

H. ROZY.

ERRATA.

Page 53, ligne 9, au lieu de : *inscrits*, lisez *inscrit*.
Page 57, ligne 18 et 19, au lieu de : *laissera*, lisez *laisserait*,
Page 58, ligne 2, au lieu de: *discutées* et *élucidées*, lisez : *discutés* et *élucidés*.
Page 378, ligne 9, au lieu de : *devenues*, lisez *devenus*.

Digitized by Google

TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

PAR ORDRE DE MATIÈRES.

N. B. La table du tome XXX doit être complétée ainsi qu'il suit :

Pages.

Examen doctrinal, par *M. Reverchon*. 481
Propriété des petits cours d'eau, par *M. Latreille*. 489
Obligation des époux de cohabiter, par *M. Lesenne*. 513
Liberté de tester, par *M. Batbie*. 531
Questions pratiques et doctrinales de Code Nopoléon, par *M. Bertauld*; compte rendu par *M. Caillemer*. 552
Droit public athénien de *M. Perrot*, compte rendu par M. *Gide*. . . 561

Tome XXXI.

DROIT CIVIL ET COMMERCIAL.

Examen de la jurisprudence (en matière de faillite), par *M. Rataud*. 1
Id. (Autorisation de plaider), par *M. Hérisson*. 97
Id. (Prescription) par *M. Bertauld*. 193
Id. (Enfants incestueux et adultérins), par *M. Bressolles*. 208
Propriété des petits cours d'eau, par *M. Latreille*. 13
Orphelins pauvres, par M. *Regnault* 29
Distinction des servitudes, par *M. Machelard*. . . . . 112 et 521
Art. 261 du Code Napoléon, par M. *Lair*. 137

PHILOSOPHIE DU DROIT.

Génération de l'idée du droit, par *M. Thiercelin*. 218

LÉGISLATION.

Enquête sur le taux de l'intérêt, par *M. Wolowski*.. 235
Attributions des conseils municipaux, par *M. Pougnet*. 275
Taux de la quotité disponible, par *M. Boissonade*. 170
Sociétés commerciales, par *M. Beudant*. . . . . 404 et 496

Digitized by Google

DROIT CRIMINEL.

Pages.
Révision du Code pénal en Belgique, par *M. Thézard*. 156
Id. 302
Id. 444
Examen de la jurisprudence criminelle, par *M. Paul Collet*. 385

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Cumul d'une pension de retraite avec un traitement d'activité, par *M. Batbie*. 132
Attributions des conseils municipaux, par *M. Pougnet*. 275
Abolition de la peine de mort, par *M. Hello*. 322
Examen de la jurisprudence, par *M. Albert Christophle*. 481

HISTOIRE DU DROIT.

Administration des travaux publics à Rome, par *M. Labatut*. 431 et 529

BIBLIOGRAPHIE.

Théorie de la condition, par *M. Bufnoir*, compte rendu par *M. Accarias*. . . . . 82 et 177
Hiérarchie et décentralisation, par *M. Pougnet*, compte rendu par *M. Bonnier*. 47
Traité des impôts, par *M. de Parieu*, compte rendu par *M. Bertauld*. 53
Etude sur la condition de la femme, par *M. Paul Gide*, compte rendu par *M. Albert Desjardins* 60
Histoire des classes ouvrières, par *M. Levasseur*, compte rendu par *M. Debacq*. 188
Droit de famille, par *M. Oudot*, compte rendu par *M. Duverger*. . . 336
Code civil du Bas-Canada, par *M. de Bellefeuille*, compte rendu par *M. Debacq*. 367
Liberté de la parole, par *M. Buyn*, compte rendu par *M. Bertauld*. 373
Code d'instruction administrative, par *M. Chauveau*, compte rendu par *M. Bressolles*. 379
Oudot et Académie de législation, par *M. Chrétien*. 461
Commentaire de la loi du 24 juillet 1867, par *M. Tripier*, compte rendu par *M. Bufnoir*. 477
Dissertation de *M. Massol*, compte rendu par *M. Roxy* 544

NÉCROLOGIE.

M. Th. Neuville, par *M. Garsonnet*. 479

Digitized by Google

TABLE DES NOMS DES AUTEURS

DES PRINCIPAUX ARTICLES.

La table du tome XXX doit être complétée comme suit :

MM.		Pages.
BATBIE	Liberté de tester	531
CAILLEMER	Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon, par *M. Bertauld*	552
GIDE	Droit public athénien, par *M. Perrot*	561
LATREILLE	Propriété des petits cours d'eau	489
LESENNE	Obligation des époux de cohabiter	513
REVERCHON	Examen doctrinal	481

Tome XXXI.

ACCARIAS	Théorie de la condition, par *M. Bufnoir*	82 et 177
BATBIE	Cumul d'une pension avec un traitement	132
BERTAULD	Examen doctrinal	193
—	Traité des impôts, par *M. de Parieu*	53
—	Liberté de la parole, par *M. de Buyn*	373
BEUDANT	Sociétés commerciales	404 et 496
BOISSONADE	Quotité disponible et réserve	170
BONNIER	Hiérarchie et décentralisation, par *M. Pougnet*	47
BRESSOLLES	Examen doctrinal	208
—	Code d'instruction administrative, par *M. Chauveau*	379
BUFNOIR	Commentaire de *M. Tripier* sur la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés	477
CHRÉTIEN	M. Oudot et Académie de législation	461

Digitized by Google

MM.		Pages.
CHRISTOPHLE	Examen doctrinal	481
COLLET	Examen doctrinal	385
DEBACQ	Histoire des classes ouvrières, par *M. Levasseur*	188
DESJARDINS	Condition privée de la femme, par *M. Gide.*	60
DUVERGER	Droit de famille, par *M. Oudot.*	336
GARSONNET	*M. Neuville.*	479
HÉRISSON	Examen doctrinal	97
LABATUT	Travaux publics à Rome	431
LAIR	Art. 261 du Code Napoléon	137
LATREILLE	Propriété des petits cours d'eau	13
MACHELARD	Distinction des servitudes	112
POUGNET	Attributions des conseils municipaux	275
RATAUD	Examen doctrinal	1
REGNAULT	Orphelins pauvres	29
ROZY	Compte rendu d'une dissertation de *M. Massol.*	544
THÉZARD	Révision du Code pénal belge	156, 302, 404
THIERCELIN	Génération de la notion du droit	218
WOLOWSKI	Enquête sur le taux de l'intérêt	235

Paris. — Imprimé par E. Thuno et Cᵉ 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google